Das Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch bei Identität des Nutzungsberechtigten und des Objekts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Johannes Fuchs

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinem Onkel,
Herrn Kommerzienrat Leo Lustig
in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung und geschichtlicher Überblick 1

§ 2. Grundlegung und Ausgangspunkt 8

§ 3. Die Behandlung der Frage in der Literatur 15

§ 4. Die herrschende Meinung und ihre Widerlegung . . 18

a) Der Fehler der Hamburger Oberlandesgerichtsentscheidung 19

b) Der Fehler der übrigen 21

§ 5. Die Ansicht des Verfassers.

A. Allgemeines 27

B. Das Zusammentreffen

I. Bei Gleichheiten zwischen Nutznießung und Nießbrauch.

a) Die Unmöglichkeit der Entstehung eines zweiten Fruchtziehungsrechts 29

b) Die gegensätzliche Ansicht Kipps und der Versuch ihrer Widerlegung 40

II. Bei Verschiedenheiten zwischen Nutznießung und Nießbrauch 52

§ 6. Zusammenfassendes Ergebnis 58

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543108_0067

Literaturverzeichnis.

Badische Rechtspraxis. 1901.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

Bekker, E. J., Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung. 1910.

Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar von Reichsgerichtsräten. 1910.

Brinz, Possessionis traditio. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 1859.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 3 1905.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1 3. Aufl. 1906, Bd. 4 2. Aufl. 1903.

Deutsche Juristenzeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung 1888.

Erdmann, Nießbrauch in Verfügungen von Todeswegen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 94.

Fehr, Rechtsstellung der Frau in den Weistümern. In der Festschrift für Otto Gierke 1911.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 9. Aufl. 1912.

Fischer, Problem der Identität und der Neuheit. In der Breslauer Festgabe für Jhering 1892.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 2. 1908.

Gerber, Gesammelte juristische Abhandlungen. 1878.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.

v. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. 1889.

v. Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 7. Aufl. S. 175 ff. 1913.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1912.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 2. Aufl. 1911.

Hanseatische Gerichtszeitung. 26. Jahrgang 1905. Beiblatt: Entscheidung Nr. 146.

Hein, Das elterliche Nutznießungsrecht am Kindesvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1908.

Heinsheimer, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau. 1903.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1912.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1. 1885.

Hoelder, Pandekten, allgemeine Lehren. 1891.

Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit. In der Berner Festschrift für Hermann Fitting 1902.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1. Aufl. 1908, 2. Aufl. 1912.

Jacobi, Das Problem der Neuheit und Identität. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1912 Bd. 72.

Jhering, Unsere Aufgabe. In Jherings Jahrbüchern 1857 Bd. 1.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.

Juristische Wochenschrift.

Kipp in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 2: Familienrecht. 1./2. Aufl. 1912.

Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht. In der Festschrift für v. Martiz. Berlin 1911.

Kipp, Humanismus und Rechtswissenschaft (Vortrag). Berlin 1912.

Kohler, Der Dispositionsnießbrauch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 24.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation. In Jherings Jahrbüchern 1878 Bd. 16.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Leisterer, Nießbrauch und familienrechtliche Nutznießung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1903.

Leonhard, R., Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Marezoll, Revision der Lehre von den sogen. Adventitien. In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 8.

Mitteis, Die Individualisierung der Obligationen. 1886.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888.

Opet u. **v. Blume,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht. 1906.

Peiser, Handbuch des Testamentrechts. 1902.

Peiser, Mängel und Vorzüge des Nießbrauchvermächtnisses. In der Posener Monatsschrift 11. Jahrgang 1908.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht 3. Aufl. 1906, Bd. 4: Familienrecht 3. Aufl. 1906.

Pohl, Nießbrauch und Nutznießung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1903.

Pollack, Perspektive und Symbole in Philosophie und Rechtswissenschaft. 1912.

Recht. (Rundschau für den deutschen Juristenstand.)

Schilling, Der rechtliche Charakter der ehelichen Nutznießung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für bürgerliches Recht 1901 Bd. 19.

Schloßmann, Über den Begriff des Eigentums. In Jherings Jahrbüchern 1903 Bd. 45.

Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. In Jherings Jahrbüchern 1901 Bd. 43.

Schuppe, Die metaphysisch-naturwissenschaftliche Richtung in der Jurisprudenz. In Gruchot Bd. 34 1890.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4. 5./6. Aufl. 1910.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1906.

Sternberg, Väterliche Nutznießung und Nießbrauch. 1907.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1910.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Wittkowski, Die Kollision der Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1911.

Wolff, Martin in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1: Sachenrecht 1./2. Aufl. 1910, Bd. 2, 2: Familienrecht 1./2. Aufl. 1912.

Wolff, Th., Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.

Wreescinski, Klagenkonkurrenz. 1902.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

§ 1.

Einleitung und geschichtlicher Überblick.

Die Frage, wie das Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch an einem Objekt und in der Person eines Nutzungsberechtigten rechtlich zu würdigen ist, hat keine Geschichte und kann sie auch nicht haben. Denn dieses Problem kann erst auftauchen und eine wissenschaftliche Behandlung zeitigen in einer Privatrechtsordnung, die die beiden Nutzungsrechte trotz ihrer Ähnlichkeiten in so scharfer Differenzierung und in so ausgesprochener Selbständigkeit aufweist wie das Bürgerliche Gesetzbuch.

Zweifellos hat allerdings schon den Römern die Notwendigkeit getrennter Behandlung der zwei Rechte vorgeschwebt, und so sind bei ihnen bereits Ansätze dafür vorhanden, die Personalservitut des usufructus von dem familienrechtlichen Nutzungsrecht zu scheiden. Bei Schaffung des usufructus paternus nämlich, den der pater familias an den adventicia regularia des Hauskindes hatte, griffen die nachkonstantinischen Juristen auf den eigentlichen usufructus, das Sachenrecht, zurück.[1]) Da dieser usufructus paternus dem pater

[1]) Kohler, Dispositionsnießbrauch S. 248; Pohl S. 4.

familias weitere Befugnisse einräumte wie der eigentliche ususfructus, so mußte sich hieraus die in den Quellen offengelassene Frage zu einer Kontroverse herausbilden, ob dieser ususfructus paternus als selbständiges Rechtsgebilde anzusehen sei oder nicht.

Doch zu welcher Ansicht wir auch neigen, ob wir mit Marezoll[1]) den ususfructus paternus als völlig neues Rechtsgebilde ansehen,

oder es mit Windscheid[2]) „ein Genußrecht nicht nach Art des Nießbrauchs, sondern als ein Genußrecht nach Art des dem Eigentümer zustehenden Genußrechts" betrachten,

oder ob wir mit Glück[3]) dem Vater außer dem reinen ususfructus noch ein besonderes gesetzliches Verwaltungsrecht zuerkennen[4]):

unbestreitbar ist jedenfalls, daß das Verhältnis des ususfructus paternus zum reinen ususfructus, der dinglichen Personalservitut, sich mit dem unserer Nutznießung zum Nießbrauch keinesfalls vergleichen läßt. Zweifellos und unbestritten war der ususfructus paternus im römischen Recht ein Sachenrecht, was mit dieser Bestimmtheit sich von der Nutznießung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht sagen läßt.

---

[1]) S. 304.

[2]) Bd. 3 S. 72.

[3]) Bd. 14 S. 371 § 909.

[4]) vgl. die ausführlichen Erörterungen bei Sternberg S. 11—13.

Eine ehemännliche Nutznießung kennt das römische Recht nicht. Ad onera matrimonii ferenda diente die Dosbestellung. Diese erfolgte aber nicht zu Nießbrauch, sondern zu vollem Eigentum.

So sagt Windscheid[1]): „Die Form, in welcher das Recht diesen Gedanken verwirklicht, ist nie der eines ehemännlichen Nießbrauchs, vielmehr verleiht es dem Manne das ihm als dos Gegebene für die Dauer der Ehe zu vollem Recht und legt ihm nur die Verpflichtung auf, nach Auflösung der Ehe das empfangene Kapital herauszugeben".

Auch das deutsche Recht konnte das uns beschäftigende Problem nicht entstehen lassen.

So bereitet schon die Frage Schwierigkeit, unter welches Rechtsinstitut das ehemännliche und elterliche Nutzungsrecht unterzuordnen ist. Ein Typus wie der römische ususfructus und der von ihm abgeleitete ususfructus paternus läßt sich nicht finden.[2])

Kraft der munt hatte der Ehemann am Frauenvermögen, der Vater am Kindesvermögen grundsätzlich die Gewere und somit auch Verwaltung und Nutzung.[3])

Wie schon Heusler[4]) hervorgehoben hat, schied das mittelalterliche germanische Recht alle diejenigen

---

[1]) Bd. 3 S. 20.

[2]) Stobbe-Lehmann Bd. 4 S. 206.

[3]) Auch schon in der Zeit der Weistümer, Fehr S. 872; Schilling S. 256/57.

[4]) Heusler S. 384; Hübner 2. Aufl. S. 147.

Rechte, die sich in einer faktischen Herrschaft über eine Sache oder, wie es im Sprachgebrauch hieß, in der Gewere äußern, streng von den übrigen Rechten.

„Alle in einer Gewere und nur in einer solchen realisierbaren Rechte fallen unter eine und dieselbe Kategorie von Rechten, welche wir als dingliche Rechte bezeichnen dürfen."[1])

Und so war das Nutzungsrecht des Vaters wie des Ehemanns kein Typus für sich, kein ususfructus im Sinne des römischen Rechts, sondern lediglich die Ausstrahlung des Überbegriffs „Gewere" und somit durch eine Klage geschützt, die wie jede sich auf die Gewere stützende Klage als dingliche sich darstellt.[2])

Als ausgeprägtes Rechtsgebilde wäre nur die Leibzucht zu nennen, die sich ja auch bis heute mehr oder weniger verändert erhalten hat. In ihr lebt die alte dos der lex Saxonum weiter. Eigentümer an den zur Leibzucht überlassenen Objekten blieb der Mann, „er war jedoch infolge ihrer Zweckwidmung in der Verfügung über sie beschränkt, und ebenso mußten sie seine Erben der Witwe zu lebenslänglichem Nießbrauch überlassen".[3])[4])

---

[1]) Heusler S. 379.

[2]) Hübner a. a. O.

[3]) Hübner 1. Aufl. S. 617. Vgl. auch Windscheid Bd. 1 S. 1030 Anm. 3.

[4]) Die Leibzucht diente als Wittum (vidualitium) zur Versorgung für etwaigen Witwenstand. Vgl. übrigens EG. z. BGB.

Auch die Rezeption[1]) hat bei ihrer Durchdringung deutscher Rechtsinstitute mit römischem Geist zu einer Klärung nicht beigetragen. Auf sie geht es zurück, wenn wir für den usufructus paternus und maritalis die Bezeichnung „gesetzlicher Nießbrauch“ finden. Im ALR. II, 1 § 231 heißt es: „In Ansehung des eingebrachten Vermögens der Frau hat der Mann alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers.“[2]) Hierbei verweist das Gesetz auf den reinen sachenrechtlichen Nießbrauch (ALR. I, 21 Abschn. 1 §§ 22 ff.), das allgem. Landrecht spricht also dem gesetzlichen Nießbrauch jede Selbständigkeit als familienrechtliches Gebilde ab. Obwohl auch das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in § 1811 wie das allgem. Landrecht von einem gesetzlichen Nießbrauch redet, ist ihm doch schon eine uneingeschränkte Gleichstellung und Verweisung bedenklich erschienen. Zwar sagt es in § 1811, daß der Vater vermöge der väterlichen Gewalt an dem gesamten Vermögen seiner Kinder das Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs habe (ähnliches vom Ehegatten § 1655), aber im „Sachenrecht“ (Teil II) schafft es den besonderen Abs. IX § 660, welcher lautet: „Der nach gesetzlichen Vorschriften mit Verhältnissen des Familienrechts verbundene Nießbrauch wird, soweit über

Art. 96, AG. z. BGB. Art. 15 und GBO. § 50; ferner Gierke, Grundzüge S. 284.

[1]) Gierke, Grundzüge S. 230.

[2]) Ähnlich ALR. II, 2 § 168.

dessen Wirkung, Entstehung und Erlöschung nicht besondere Bestimmungen vorhanden sind, nach den über die Dienstbarkeit des Nießbrauchs beurteilt".[1])

Auch in dieser Hinsicht glauben wir das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch als „wertvolle und benutzte Vorstufe für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch" [2]) betrachten zu können.

Einen bedeutsamen Schritt weiter in der Schaffung eines selbständigen, familienrechtlichen Nutzungsrechtes bedeutet der 1. Entwurf und die Entstehungsgeschichte der §§ 1652 u. 1383. Es hieß daselbst (§§ 1292 u. 1520): „Auf die Nutznießung finden die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung, soweit nicht aus dem Gesetz sich ein anderes ergibt". Die Trennung beider Nutzungsrechte vervollkommnet die endgültige Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Während im 1. Entwurf nämlich noch im Zweifel der Nießbrauch gilt, gelten heute prinzipiell die Regeln der Nutznießung, womit ihre deutlichere Selbständigkeit und Anerkennung als selbständiges Rechtsgebilde erreicht ist, und man der Kritik der Germanisten nachgebend, in der heutigen Fassung

---

[1]) Die alte Konkursordnung v. 10. 2. 1877 rechnet in den § 1 Abs. 2 den Nießbrauch, der dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens am Vermögen der Ehefrau oder des Kindes nach den Landesgesetzen zustand, zur Konkursmasse.

[2]) Wulfert in DJZ. 1913 S. 30.

das familienrechtliche Element mehr betont.[1]) Nutznießung und Nießbrauch sind trotz vieler offenbarer Ähnlichkeiten grundverschiedene Rechte. Trotzdem herrscht über die Eigenschaften der Nutznießung noch Streit. Manche, z. B. Schilling, Tuhr und Schultze,[2]) sehen die Nutznießung als dingliches Recht an, andere leugnen zwar nicht ihren dinglichen Charakter, halten sie jedoch für ein reines Familiengüterrecht. Nach ihnen ist die Nutznießung kein besonderes Sachenrecht, sondern „ein sachenrechtlicher Bestandteil eines vom Personenrecht durchherrschten und gebundenen einheitlichen Rechtsverhältnisses".[3]) Für unsern Fall entbehrt diese Kontroverse jeder Bedeutung. Wichtig dagegen ist, daß Nutznießung und Nießbrauch beides absolute Nutzungsrechte sind oder, wie sie Wolff[4]) nennt, dingliche Rechte im weiteren Sinne. De lege ferenda sagt Wolff[5]) mit Recht, daß man sich aus Zweckmäßigkeitsgründen eine so ausführliche Regelung des Nießbrauchs hätte sparen können. Es wäre richtiger gewesen, die Nutznießung bis ins einzelne zu regeln und mit Rücksicht darauf, daß der Nießbrauch heute im täglichen Leben eine verhältnismäßig geringe Rolle spielt, bei

---

[1]) Dernburg Bd. 4 S. 124 und Gierkes scharfe Angriffe im „Entwurf" S. 465 u. 409/10.

[2]) Schilling S. 312ff.; Tuhr S. 137; Schultze S. 26.

[3]) Gierke, PrivR. Bd. 1 S. 261 Anm. 12.

[4]) Wolff, Familienrecht S. 175.

[5]) Wolff, Sachenrecht S. 360.

ihm auf die entsprechenden Vorschriften der Nutznießung zu verweisen, statt umgekehrt zu verfahren.

Der geschichtliche Rückblick zeigt also, daß es erst einer derartigen Verselbständigung des familienrechtlichen Nutzungsrechtes bedurfte, um überhaupt die Frage nach einem Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch in ihrer wissenschaftlichen Wichtigkeit entstehen zu lassen.

§ 2.

Grundlegung und Ausgangspunkt.

a) Ein Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nur zweimal möglich. Denn das Institut der Nutznießung kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nur bei der Regelung des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, sodann gelegentlich der „rechtlichen Stellung der ehelichen Kinder“ unter „elterliche Gewalt“ und zuletzt bei „Annahme an Kindesstatt“ (§ 1767). Der letzte Fall ordnet sich vollkommen dem zweiten unter. § 1767 erweitert nur die Ausschließungsmöglichkeit der Nutznießung und erfordert für unser Thema keine getrennte Behandlung.[1])

Jeder dieser Fälle zerfällt wieder in zwei Unterfälle, nämlich wenn ein Zusammentreffen von Nutz-

[1]) Eine weitere Möglichkeit konstruiert Wolff, Sachenrecht S. 394 beim Rechtsnießbrauch an Erbteilen. Trotz zweifelloser Ähnlichkeiten ist der Nutzungsberechtigte aber kein Nutznießer, er nutzt nur „wie ein Nutznießer ohne Verwaltungsrecht“.

nießung und Nießbrauch vorliegt: zwar am gleichen Objekt, aber entweder bei Verschiedenheit oder bei Identität des Nießbrauchsberechtigten und Nutznießungsberechtigten. Die erste Möglichkeit bereitet keine Schwierigkeiten und ist in ihrer Lösung bisher unbestritten geblieben.

Aus dem Begriff der Nutznießung folgt, daß sie allen Rechten an dem zum Kindesvermögen oder Frauenvermögen gehörenden Gegenständen nachsteht. Sie ergreift das ihr unterliegende Vermögen nur „in seinem wechselnden Bestande".[1]) Solange Gegenstände oder Rechte diesem Vermögen angehören, unterliegen sie der Nutznießung, sobald sie ausscheiden, werden sie von ihr befreit. In §§ 1293 u. 1521 des 1. Entw. war dies ausdrücklich bestimmt, später aber als selbstverständlich weggelassen worden. Besteht also an einem der der Nutznießung unterliegenden Gegenstände ein dingliches Recht, so werden diese Gegenstände von der Nutznießung nur unbeschadet dieses Rechtes ergriffen. Wäre also der Ehemann oder elterliche Gewalthaber Nutznießer und ein Dritter der Nießbraucher am gleichen Gegenstand, so zieht der Nutznießer die Nutzungen nur so weit, als es ihm die volle Ausübung des Nießbrauchs seitens des Dritten gestattet.

Weit schwieriger gestaltet sich jedoch die Rechtslage, wenn außer der Identität des Objekts auch

---

[1]) Wolff, Familienrecht S. 174.

Identität des Nutzungsberechtigten vorliegt.

Es sind dann nur die beiden Tatbestände möglich, von denen der eine, wie schon oben erwähnt, dem Ehegüterrecht, der andere dem elterlichen Gewaltsverhältnis entnommen ist. Die Ehefrau bestellt ihrem Ehemann an dem eingebrachten Gut oder an Teilen desselben (Mobilien, Immobilien, Rechten) einen Nießbrauch. Oder der elterliche Gewalthaber (Vater, Mutter, event. der Adoptivvater) erhält am Kindesvermögen oder an Teilen desselben einen Nießbrauch. Dies geschieht meist in der Form eines Vermächtnisses, und zwar entweder so, daß der Ehegatte dem anderen Ehegatten oder auch ein Dritter einem Ehegatten den lebenslänglichen Nießbrauch[1]) an der Erbschaft vermacht,[2]) während er die minderjährigen Kinder selbst zu Erben einsetzt. Die Absicht des Erblassers ist sodann, dem mit dem Nießbrauch Bedachten lebenslängliche Sicherheit zu verschaffen, ihm die durch den Nießbrauch gewährten Nutzungen auf Lebenszeit zukommen zu lassen, die er im gleichen Umfange nur bis zur Volljährigkeit der Kinder als Nutznießer haben würde.[3])

[1]) Der Nießbrauch kann auch auf Zeit bestellt sein, was sich jedoch seltener findet.

[2]) Oder einzelnen Gegenständen.

[3]) Doch kommt das Nießbrauchsvermächtnis auch schon seltener vor, da das Institut der Vor- und Nacherbschaft teilweise gleiche wirtschaftliche Erfolge hat. Der überlebende Ehegatte ist sodann Vorerbe, die Kinder sind Nacherben.

Die Bestellung eines Nießbrauchs an Gegenständen des eingebrachten Gutes der Ehefrau kommt in der Praxis so gut wie gar nicht vor.[1]) Die Rechtsprechung weiß daher nichts darüber zu sagen, und in der Literatur findet sich nur eine Bemerkung bei Wolff.[2]) Der andere Tatbestand dagegen beschäftigt die Praxis fast ständig und wird in der Literatur sehr häufig erwähnt. Die Rechtslage mit dem Tode des Erblassers ist dann, daß die Kinder Erben werden. Ist ein Ehemann der Erblasser, so erlangt seine Frau hiermit über die minderjährigen Kinder die elterliche Gewalt (§ 1684 Nr. 1). Hierdurch wird sie gesetzliche Vertreterin und hat außer der Sorge für die Person der Kinder die Sorge für deren Vermögen (§ 1630). Gleichzeitig steht ihr die Nutznießung am Kindesvermögen zu (§ 1649 mit § 1684).

Ist der Erblasser ein Dritter oder, was auch denkbar ist, die Ehefrau, so ist der Ehemann bereits kraft elterlicher Gewalt Nutznießer. In keinem Falle aber erlangt der Inhaber der elterlichen Gewalt, sei es der Vater, sei es die Mutter, mit dem Todesfalle den Nießbrauch; er wird hiermit noch nicht Nießbraucher, er hat nur einen gegen die Kinder gerichteten obligatorischen Anspruch[3]) auf Nießbrauchsbestellung (§ 2174).

---

[1]) Dafür desto häufiger an Gegenständen des Vorbehaltsgutes.

[2]) Wolff, Familienrecht S. 174 Anm. 4.

[3]) Erdmann S. 294 und KG. v. 15. 2. 06 (32 A 86).

Hierbei taucht dann jedoch die Frage[1]) auf, ob der elterliche Gewalthaber sich selbst das Nießbrauchsvermächtnis erfüllen darf, da dies bei ihrer Minderjährigkeit den Kindern unmöglich ist und ein Fall des Selbstkontrahierens vorliegt. Nach § 181 ist dies nur dann angängig, wenn das Rechtsgeschäft in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Als solche ist das Nießbrauchsvermächtnis anzusehen, und hiernach darf der Inhaber der elterlichen Gewalt sich selbst im Namen der von ihm vertretenen Kinder die ihnen in Gestalt des Nießbrauchsvermächtnisses auferlegte Verbindlichkeit erfüllen und sich selbst den Nießbrauch bestellen. Die Form der Bestellung ist die gleiche in diesem Tatbestand wie in dem der Bestellung durch die Ehefrau an Gegenständen des eingebrachten Gutes: sie richtet sich nach dem Objekt, das mit dem Nießbrauch belastet werden soll. Für Grundstücke gilt § 873, für Mobilien § 1032, also Einigung und Übergabe, bezüglich Übergabesurrogate. Für den Nießbrauch an einem Vermögen gilt § 1085, für den Nießbrauch an einer Erbschaft § 1089. Für die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte gilt § 1069: sie erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften (auch bezüglich der Form).[2])

---

[1]) Die bei dem von der Ehefrau zu bestellenden Nießbrauch wegen ihrer im Zweifel vorhandenen Geschäftsfähigkeit nicht in Betracht kommt.

[2]) Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1069.

b) Das Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch bei Identität des Nutzungsberechtigten und des Objekts wollen wir an dem Tatbestande des dem elterlichen Gewalthaber vermachten Nießbrauchs behandeln. Unterschiede zwischen diesem Tatbestand und dem anderen ergeben sich nicht. Bestimmend für die Wahl dieses Tatbestandes ist, daß sich einmal hierbei eine weit größere Erörterungsmöglichkeit bietet — so weist uns z. B. die Auslegung des Testaments auf event. einzuschlagende Wege —, vor allem aber ist es die weit größere praktische Bedeutung, die diesem Tatbestande zuzumessen ist und die die Beweisführung an ihm desto eher rechtfertigt. Wie erwähnt, hat sich die Rechtsprechung fast ständig mit ihm zu beschäftigen. So hängt von der Entscheidung unserer Frage ab, ob der elterliche Gewalthaber, falls z. B. ein Grundstück seiner Nutznießung oder seinem Nießbrauch unterliegt, die sich als Früchte darstellenden Mietzinsforderungen als Nutznießer oder als Nießbraucher erwirbt. Kommen wir nämlich zu dem Ergebnis, daß dem Vater oder der Mutter die Früchte als Nutznießer zustehen, so haben die Kinder gegen deren Pfändung wegen ihres **standesgemäßen** Unterhalts das Widerspruchsrecht aus § 862 ZPO. Abs. 2 u. 3. Bei einem Fruchterwerb auf Grund des Nießbrauchs dagegen besteht eine Unpfändbarkeit höchstens bis zum **notdürftigen** Unterhalt aus § 850 Ziff. 3 ZPO.[1])

[1]) Hierbei fragt es sich aber auch noch, ob man, wie es

Gleiches würde für den Fruchterwerb kraft Nutznießung oder Nießbrauch an Mobilien gelten.

Ob man sich für die Rechtsstellung des elterlichen Gewalthabers als Nutznießer oder Nießbraucher entscheidet, ist auch von praktischer Bedeutung für die Folgen, die sich aus der verschiedenen Regelung der Nutznießung und des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen ergeben, und zwar bei einer gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt gerichteten Zwangsvollstreckung und in seinem Konkurs.

An verbrauchbaren Sachen erlangt der Nißbraucher Eigentum (§ 1067), der Nutznießer dagegen darf sie für sich veräußern und verbrauchen (§ 1653). Die Zwangsvollstreckung gegen den Vater, der nur Nutznießer ist, kann also in die Konsumtibilien nicht betrieben werden; die Kinder sind so besser gestellt, wie wenn der Vater Nießbraucher wäre.[1]) Im Konkurs hätten sie ein Aus-

---

§ 850 ZPO. verlangt, von fortlaufenden Einkünften auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit reden kann, da der überlebende Ehegatte ja doch ein Pflichtteilsrecht hat, und ferner erscheint es zweifelhaft, ob die Kinder auf Aufhebung der Pfändung dringen können, oder nur der elterliche Gewalthaber als Schuldner. Allerdings werden beide streitigen Fragen heute von der herrschenden Meinung in dem Sinne entschieden, daß einmal auch die Kinder auf Aufhebung der Pfändung dringen können und ferner dem Inhaber der elterlichen Gewalt trotz seines Pflichtteilsrechts eine Zuwendung auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit des Erblassers gemacht ist. Gaupp-Stein § 766 Bem. I, 3; PosMSchr. 1902 S. 119; BadRpr. 1901 S. 259.

[1]) Sternberg S. 30.

sonderungsrecht, das fortfiele, wenn man den Vater als Nießbraucher Eigentum an den verbrauchbaren Sachen hätte erwerben lassen.

Die Entscheidung hängt immer von der Beantwortung der Frage ab, wie sich beide Nutzungsrechte bei ihrem Zusammentreffen verhalten, ob sie beide nebeneinander voll oder eingeschränkt bestehen können oder ein Recht das andere verdrängt.

§ 3.

Die Behandlung der Frage in der Literatur.

In der Literatur ist diese Frage nur wenig berührt worden. Im allgemeinen begnügt man sich mit einer teils mehr, teils weniger erschöpfenden Aufzählung der Unterschiede beider Rechte in Natur, Umfang und Entstehung. Man nimmt Verdrängung der Nutznießung durch den Nießbrauch an, läßt aber jede Begründung fehlen. Erdmann (S. 302) erwähnt, daß die Grundsätze über das Recht der Verwaltung kraft der elterlichen Gewalt eingreifen, wenn die Kinder die Erben und der Ehegatte des Erblassers der Nießbraucher werden.

Nach Staudinger und Planck[1]) finden die Vorschriften über die elterliche Nutznießung dann keine Anwendung, und es bestimmt sich das Rechtsverhältnis nach den Vorschriften über den Nießbrauch, wenn dem

[1]) § 1649 Nr. 5; Staudinger Vorbem. 11 zu § 1649 und § 1658 Nr. III.

Vater oder der Mutter der Nießbrauch auf Grund Testaments am Kindesvermögen zusteht.

Das Reichsgericht[1]) hat sich ebenfalls für das Überwiegen des Nießbrauchs ausgesprochen. Dies ist aus einer Entscheidung zu entnehmen, in der sich folgender Passus findet: „Ein solcher Verlust tritt für sie nicht ein, soweit ihr Recht zur Nutzung des Kindesvermögens auf den letztwillig eingeräumten Nießbrauch und nicht bloß auf der Nutznießung kraft elterlicher Gewalt beruht".

Ähnlich entscheidet das Oberlandesgericht Hamburg,[2]) welches sagt, es könne der Vater die ihm gemäß § 1649 zustehende Nutznießung, solange der Nießbrauch besteht, nicht ausüben, und er erwerbe die Einkünfte aus dem Vermögen der Kinder nicht auf Grund der Bestimmung des § 1649, sondern auf Grund des Vermächtnisses des Nießbrauchs. Hieraus ist die Andeutung zu entnehmen, daß am Kindesvermögen noch die Nutznießung besteht, diese aber nicht ausübbar sei.

Ferner sind in der Praxis Bedenken darüber aufgetaucht, ob der Erblasser nicht in Wirklichkeit die Einsetzung eines Nacherben beabsichtigt habe.[3]) Aus der Praxis referierend sagt Peiser,[4]) daß beim Ver-

---

[1]) RG. in Gruchot 1909 S. 1186/87, Recht 1909 Nr. 1148.

[2]) HansGZ. S. 250.

[3]) Meist verneint Peiser. In PosMSchr. S. 4 und Handb. S. 55 Anm. 3.

[4]) PosMSchr. S. 5.

sagen des Nießbrauchsvermächtnisses aus irgendwelchen Gründen „lediglich das gesetzliche Nutznießungsrecht besteht“. Hieraus dürfte man schließen, daß beim Nichtversagen zwei Rechte bestanden hätten. Wie ein Widerspruch erscheint es daher, wenn es andererseits heißt (S. 5 Sp. 2), daß in diesem Falle nur der Schutz des § 850 ZPO., nicht auch der weiterreichende des § 862 Abs. 2 dem Vater und den Kindern gegen die Pfändung zuteil werde. Was aus der Nutznießung wird, bleibt dahingestellt.

Nur Wolff[1]) hat bei der analogen ehemännlichen Nutznießung die Möglichkeit erwähnt, daß die Ehefrau ihrem Ehemann zu der gesetzlichen Verwaltung und Nutznießung noch einen Nießbrauch an den zu ihrem Eingebrachten gehörigen Gegenständen bestellt, um ihm wichtige Rechte, die er ohne den Nießbrauch nicht hat, zukommen zu lassen. Hieraus läßt sich auf ein Vorhandensein und auf eine Ausübung beider Rechte schließen. Aber allerdings bleibt die Frage unerörtert, wie dieses Vorhandensein juristisch zu konstruieren und wie diese Ausübung bei entstehenden Gleichheiten und Ungleichheiten der beiden Nutzungsrechte zu regeln wäre.

Auf diese Frage ist Kipp[2]) bisher allein eingegangen. Kipp wendet sich gegen das die herrschende Meinung vertretende Hamburger Oberlandesgericht und führt aus, daß der Vater an den der gesetzlichen Nutz-

[1]) Familienrecht S. 174 Anm. 4, ähnlich Sachenrecht S. 394.

[2]) Familienrecht S. 311/12.

nießung unterliegenden Gegenständen den Nießbrauch erwerben könne, ihn durch Bestellung auch erworben habe, damit aber noch nicht die gesetzliche Nutznießung beseitigt sei. Die aus ihr sich ergebende Unpfändbarkeit werde durch den konkurrierenden Vertragsnießbrauch nicht aufgehoben.

Anhang. Die preußische Gesetzgebung hat zu dieser Frage durch eine positive Bestimmung Stellung genommen. Die Höfegesetze für den Kreis Grafschaft Schaumburg v. 9. 7. 1910 § 18 (GS. S. 119) und Höfegesetze für Hannover v. 28. 7. 1909 § 12 (GS. S. 665) sagen fast gleichlautend, daß der überlebende Ehegatte, der neben Abkömmlingen des Verstorbenen als Miterbe berufen ist, im Falle der Ausschlagung seines Erbteils mit der Beendigung der elterlichen Nutznießung (oder falls ihm diese nicht zusteht) sofort den Nießbrauch erwirbt. Das Gesetz steht also im wesentlichen auf unserer S. 29 ff. vertretenen Ansicht.

§ 4.

Die herrschende Meinung und ihre Widerlegung.

Die herrschende Meinung ist sich also im Ergebnis darin einig, daß der Nießbrauch entsteht und der Nutznießung vorgeht, der Inhaber der elterlichen Gewalt mithin Nutzungen lediglich als Nießbraucher zieht. Aber klare Auskunft darüber, ob die Nutznießung überhaupt entstanden ist oder bei Nießbrauchsbestellung

wieder verloren geht, ist nirgends zweifelsfrei zu erlangen. Man verwickelt sich in die mannigfaltigsten Widersprüche. Daß einer Nießbrauchsbestellung aus rechtlichen Gründen nichts im Wege steht, ist nie angezweifelt worden. Eine Begründung aber fehlt dafür, warum sodann der Nießbrauch mit den für ihn geltenden Vorschriften die Rechtsstellung des Nutzungsberechtigten allein bemessen soll.

a) Der Fehler der Hamburger Oberlandesgerichtsentscheidung.

Von unzutreffenden Voraussetzungen geht hierbei das Oberlandesgericht Hamburg aus.

Es behauptet nämlich, daß „die Kinder die Erbteile belastet mit dem Nießbrauch erwerben". Diese Deduktion ist unrichtig und setzt sich in Gegensatz zu der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von der rechtlichen Natur des Vermächtnisses. Anders nämlich als das römische Recht kennt das Bürgerliche Gesetzbuch kein dingliches, sondern nur ein obligatorisches Vermächtnis. Die Erbteile sind daher nicht von dem Augenblick ihres Erwerbes an (mit dem Tode des Erblassers) „mit dem Nießbrauch belastet", sondern erst von dessen Bestellung an. Bis dahin sind die Erbteile nicht belastet, sondern durch das Vermächtnis beschwert. Das ist aber nicht gleichbedeutend mit einer dinglichen Belastung, wenn auch das Vermächtnis auf eine dingliche Belastung gerichtet ist. Ferner scheut sich das

Oberlandesgericht, die logischen Folgerungen aus seiner falschen Auffassung restlos zu ziehen. Denn es müßte dann sagen, daß durch die Entstehung des Nießbrauchs mit dem Tode des Erblassers die gleichzeitig kraft Gesetzes entstehende Nutznießung entweder überhaupt nicht erworben werden könnte, oder gar nicht entstanden sei. Es sagt jedoch immer nur, daß wegen des seiner Auffassung nach dinglich wirkenden Vermächtnisses die Ausübung der Nutznießung ausgeschlossen sei. Auch das Wörtchen „würde“ kann nicht irre machen (13. Zeile von unten S. 250).

Das Oberlandesgericht verfällt hierbei in den nämlichen Fehler, der häufig bei der Behandlung der Kollision von Rechten gemacht wird; es will nämlich die Ausübung regeln, anstatt bei der Ausübungsmöglichkeit zu beginnen. Der Konflikt liegt bereits im Augenblick der Nießbrauchsentstehung vor. Hier muß sich ergeben, weches Recht besteht. Denn man redet von einer Rechtskollision und nicht von einer Ausübungskollision. Dann ist bereits eine Rivalität beider Nutzungsrechte vorhanden, und jetzt gilt es, sich für ein Recht zu entscheiden, „mag auch noch keins sich im Stadium der tatsächlichen Ausübung befinden“.[1])

Doch da das Oberlandesgericht hierüber jede Auskunft schuldig bleibt, erfahren wir auch von ihm nichts über das rechtliche Schicksal des gesetzlichen Nutzungsrechts.

---

[1]) Wittkowski S. 54.

b) Der Fehler der übrigen.

Während die Entscheidung des Hamburger Oberlandgerichts sich aus der falschen Auffassung des Vermächtnisses und seiner Rechtsnatur erklärt, bleiben die übrigen Vertreter der herrschenden Meinung überhaupt jede Begründung schuldig. Vier Gesichtspunkte jedoch könnten als Begründung in Betracht kommen:

1. Es läge die Vermutung nahe, als ob das Testament des Erblassers Veranlassung zu dem von der herrschenden Meinung angenommenen Standpunkt geben könnte. Dies wäre aber nur unter ganz besonderen Voraussetzungen möglich, nämlich unter der Voraussetzung, daß der Wille des Erblassers auf alleinigen Nießbrauch gerichtet gewesen wäre und durch das Nießbrauchsvermächtnis die Nutznießung also ausgeschlossen sein sollte.

Nach § 1651 Ziff. 2 wäre dies wohl angängig. Aber man müßte dann zu dem wenig befriedigenden Ergebnis kommen, daß der Bedachte in dem Zeitraum zwischen dem Tode des Zuwendenden und der Entstehung des Nießbrauchs (durch Bestellung) jedes Nutzungsrechts entbehrt. Denn die Ausschließung der Nutznießung tritt mit dem Erbfall ein. Der Erwerb des Nießbrauchs dagegen kann sich noch geraume Zeit bis zu seiner Entstehung durch Bestellung verzögern. Zudem ist der Ausschluß der Nutznießung ähnlich wie der Verzicht auf sie[1]) (§ 1662)

[1]) Daher die Formvorschrift des § 1662.

tatsächlich und rechtlich von solcher Bedeutung, daß er positiv getroffen werden müßte. Einen entsprechenden Willen aus den Anordnungen des Erblassers zu folgern, kann allein nicht genügen. Der innere Wille darf für den Rechtserfolg nicht maßgebend sein.[1])

Das Gleiche wäre von der zweiten Auslegungsmöglichkeit zu sagen, nämlich der Erblasser wolle dem Bedachten die Vorteile beider Rechte zukommen lassen. Aber diese Möglichkeit hängt nicht von dem Willen des Erblassers allein ab. Der Richter müßte allerdings den vom Testator verfolgten wirtschaftlichen Zweck berücksichtigen, er hat sich aber auch zu fragen, ob dieser Zweck sich mit dem Gesetz verträgt.[2]) Der Wille des Erblassers kann sich immer nur auf das betreffende Rechtsinstitut erstrecken, „der Rechtserfolg aber tritt ein mit dem Unbewußten eines Naturphänomens".[3]) Auch diese Auslegungsmöglichkeit ist nicht vorhanden. Denn ohne einen positiven Ausschluß der Nutznießung läßt sich die Annahme eines allein bestehenden Nießbrauchs bei Verdrängung der Nutznießung nicht rechtfertigen, und bei der Annahme, daß der Erblasser **beide** Nutzungsrechte zuwenden wollte, umgeht die herrschende Meinung ja gerade den streitigen Punkt, den Kern unseres Themas, ob dort, wo Nutznießung schon besteht, Nießbrauch überhaupt noch hinzutreten kann.

---

[1]) Hein S. 39; RG. in JurW. 1900 S. 871.

[2]) Danz S. 283; vgl. auch S. 10.

[3]) Kohler S. 106.

2. Der erbrechtliche Grundsatz, daß eine testamentarische Bestimmung die gesetzliche Dispositive ausschließt, könnte gleichfalls als Begründung für die herrschende Meinung in Betracht kommen. Wie die §§ 1651 Ziff. 2 und 1369 ergeben, kann auf Grund letztwilliger Verfügung die Nutznießung ausgeschlossen werden. Dies geschähe bereits mit dem Erbfall. Da nun der Bedachte mit dem Tode des Erblassers die Vermächtnisforderung auf den Nießbrauch, aber nicht diesen erlangt, so müßte man zu dem schon oben erwähnten unbefriedigenden Ergebnis kommen, daß der elterliche Gewalthaber bis zum Nießbrauchserwerb durch Bestellung vom Erbfall an kein Nutzungsrecht hat (wobei man dann wieder mit einer Ausschließung der Nutznießung operieren müßte). Die Annahme, daß der Ausschluß der Nutznießung nicht schon mit dem Todesfall, sondern erst mit der Begründung des Nießbrauchs erfolgen soll, ist rechtlich unhaltbar. Denn will man überhaupt eine Ausschließung damit rechtfertigen, daß die testamentarische der gesetzlichen Bestimmung vorgeht, so muß die Nutznießung schon mit dem Erbfall ausscheiden, und die Subsumtion eines Anfangstermins oder gar einer Bedingung ist als völlig unmöglich zu verwerfen, wenn der Testator sie nicht **ausdrücklich** gewünscht hat. Dies findet sich jedoch in Testamenten so gut wie gar nicht. Die herrschende Meinung erwähnt aber nie etwas von der Ausschließungsmöglichkeit der Nutznießung, und es bleibt daher unverständlich, was nach

der Bestellung des testamentarisch vermachten Nießbrauchs aus der nicht ausgeschlossenen gesetzlichen Nutznießung werden soll.

3. Ein weiterer Gesichtspunkt, aus welchem das Vorherrschen des Nießbrauchs sich begründen ließe, wäre folgender: Aus dem Begriff der Nutznießung folgt, daß sie allen Rechten an den zum Kindesvermögen[1]) gehörenden Gegenständen nachsteht.[2]) So scheidet ein etwaiges Rangverhältnis völlig aus, §§ 1024, 1060 sind unanwendbar, ein Standpunkt zu dem sich auch Schilling (S. 339) trotz seiner eifrigen Verfechtung der Dinglichkeit der Nutznießung bekennt. Man dürfte wie dem Eigentum auch ihr „Elastizität" zusprechen und sich vorstellen, daß bei Wegfall des dinglichen Rechts ipso iure sich ihr Umfang um so viel wieder ausdehnt, als er durch die Belastung eingeschränkt war. Unbestritten ist dies dann, wenn der dinglich Berechtigte nicht mit dem Nutznießer identisch ist. Für den Fall der Identität beider Nutzungsberechtigter dürfte eine analoge Anwendung naheliegen, und selbst das Hamburger Oberlandesgericht ist diesem Gesichtspunkte nähergetreten, wie sich aus Spalte 1 S. 250 a. a. O. ersehen läßt: „An dieser Wirkung der letztwilligen Verfügung der Witwe würde kein Zweifel bestehen können, wenn der lebenslängliche Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder nicht deren Vater, dem Schuldner, sondern einer beliebigen anderen

[1]) Wie am Frauenvermögen.

[2]) vgl. Leisterer S. 48 und Opet-v. Blume § 1659 Anm. 1.

Person vermacht wäre". Hierfür könnte man anführen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch verschiedene Fälle zugelassen hat, wo Belasteter und Belastender identisch sind. Von der umstrittenen Eigentümerhypothek abgesehen, läßt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 889 und mit einer gewissen Einschränkung in § 1063 Abs. 2 etwas Derartiges zu. Für unsern Fall ist jedoch diese Analogie deswegen unmöglich, weil ja der bedachte elterliche Gewalthaber nicht Belastender und Belasteter ist; die Belasteten sind ja die Kinder (als Eigentümer), nicht die Mutter oder der Vater (als Nutznießende). Diese sind nur als wirtschaftlich belastet anzusehen, und zwar gleichgültig, ob der Nießbraucher ein Dritter oder sie selbst sind.

4. Aus einem vierten Grunde könnte die herrschende Meinung die Verdrängung der Nutznießung durch den Nießbrauch zu rechtfertigen versuchen:

Der Nießbrauch sei ein Sachenrecht, und da ein Nießbrauch an einem Vermögen ein solcher an dessen einzelnen Gegenständen sei (wie schon die Bestellung lehre), so ergreife er die einzelnen Gegenstände wirksamer als die Nutznießung,[1]) die ja an dem Vermögen als ganzem bestände. Der Nießbrauch sei mithin das stärkere Recht, und daher unterliege ihm die Nutznießung im Falle eines Zusammentreffens. Dieser Beweisführung ist nicht beizutreten. Denn es läßt sich nicht begründen,

[1]) Heinsheimer S. 93.

warum der Nießbrauch als Sachenrecht stärkere Wirkungen haben solle als die ihm sehr ähnliche Nutznießung. So allgemein läßt sich das nicht sagen, um so mehr, als im Bürgerlichen Gesetzbuch positive Bestimmungen dagegen sprechen. Obwohl sich Nutznießung und Nießbrauch in mancher Hinsicht, wie z. B. bei der Fruchtziehung, vollkommen decken, gewährt in manchen anderen Punkten der Nießbrauch (z. B. § 1067), in manchen die Nutznießung stärkere Befugnisse. Für sie gilt z. B. nicht § 1040. Es ist also unhaltbar, dem Nießbrauch als ganzem die größere Kraft zuzuschreiben, wenn nur einzelne seiner Teilrechte denen der Nutznießung überlegen sind.

Es läßt sich also eine Begründung für den Standpunkt der herrschenden Meinung nicht finden.

Ihr wesentlichster Fehler außer dem, daß keine entschiedene Auskunft über das Schicksal der Nutznießung zu erlangen ist, bleibt der, daß sie unterschiedslos in allen Punkten nur ein Recht als maßgebend anerkennt.[1]) Niemals ist auch nur andeutungsweise die Differenzierung gemacht worden: „soweit sich Nutznießung und Nießbrauch decken“ und soweit dies nicht der Fall ist.

Hierauf weist Kipp als erster im Gegensatz zur herrschenden Meinung hin.

---

[1]) OLG. Hamburg z. B.: „Seine Rechte ... werden geregelt“. „Abgesehen von den sich aus dem Vermächtnis ergebenden Rechten.“

§ 5.

Die Ansicht des Verfassers.

A. Allgemeines.

Die Trennung: „soweit sich Nutznießung und Nießbrauch decken“ und soweit dies nicht der Fall ist, ist doppelt aufzufassen. Es kann heißen: am gleichen Objekt zusammentreffen, oder: sich bezüglich der für beide Rechte geltenden Normen decken, d. h. gleichen Normen folgen. Für unser Thema kommt nur die letzte Auffassungsmöglichkeit in Betracht.

Bei der großen Ähnlichkeit zwischen beiden Nutzungsrechten könnte ein Hinzutreten des Nießbrauchs zu schon bestehender Nutznießung am gleichen Objekt und in der Person eines Nutzungsberechtigten von vornherein verneint werden, ebenso wie jemand an gleicher Sache keinen doppelten Nießbrauch erlangen kann. Diese Folgerung jedoch darf nicht gezogen werden. Trotz vieler Ähnlichkeiten und ihrer Gleichheit als umfassende Nutzungsrechte treten nicht zwei gleiche Rechte nebeneinander. Sie sind absolute Rechte von teilweise sehr verschiedenem Inhalt. Das Gesetz verweist bei der Nutznießung nur in wenigen Punkten auf den Nießbrauch, im allgemeinen folgt jedes Recht eigenen Regeln. Aber außer den sich im Gesetz vorfindenden Verschiedenheiten ergeben sich noch viele und wesentliche, die im Bürgerlichen Gesetzbuch unerwähnt bleiben, die aber direkt

aus dem Begriff der Nutznießung folgen. So müssen zu den Rechten, die zu dem der Nutznießung unterliegenden Vermögen gehören, im Gegensatz zum Nießbrauch (§ 1069 Abs. 2) auch unübertragbare Rechte gezählt werden, allerdings mit Ausnahme derjenigen, die ohne Veränderung ihres Inhalts durch einen anderen als den Berechtigten nicht ausgeübt werden können, z. B. § 399.[1]) Ferner erstreckt sich anders wie der Nießbrauch die Nutznießung auch auf einen dem Kinde oder der Ehefrau zustehenden Nießbrauch.[2])

Als ein weiterer Unterschied zwischen beiden Rechten ist die Wirkung des Eigentumsuntergangs an einer zum eingebrachten Gut oder Kindesvermögen gehörenden beweglichen Sache durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung anzusehen. Es erlischt hiermit die Nutznießung, wie ja auch der Nießbrauch. Aber „die Rechtslage ist hier eine völlig andere als bezüglich der an der Sache bestehenden, begrenzten dinglichen Rechte: nach §§ 949, 950 Abs. 2 erlöschen zwar auch diese „mit“ dem bisherigen Eigentum, aber nicht deshalb, weil dieses erlischt, sondern weil der gleiche Tatbestand, der sein Erlöschen herbeiführt, auch bezüglich ihrer diese Wirkung selbständig hervorbringt“.[3]) Anders bei der Nutznießung. Während der Nießbraucher sein Recht

[1]) Planck Anm. 4 zu § 1363.

[2]) Goldmann-Lilienthal Bd. 2 S. 423 Anm. 2.

[3]) Heinsheimer S. 21 und weiteres auf S. 19 u. 20.

an der Sache verliert, entfällt die Nutznießung, weil die Sache ihr entzogen wird. Praktisch ist dies insofern von Bedeutung, als der Nutznießer nicht den Anspruch aus § 951 hat, der dem dinglich Berechtigten zusteht. Ähnlich steht es mit einer Forderung der Frau, die zum eingebrachten Gut gehört, und die sich mit der Schuld in der Person der Frau vereinigt. Diese Konfusion wirkt gegen den Nutznießer, aber nicht gegen den Nießbraucher.

Schon diese Unterschiede zeigen, daß zwei grundverschiedene Rechte zueinander treten, und daß sich entsprechend ihrem teils gleichen, teils ungleichen Inhalt auch für ihr Zusammentreffen verschiedene Rechtsfolgen ergeben müssen, die zu einer getrennten Behandlung nötigen.

B. Das Zusammentreffen.

I. Bei Gleichheiten zwischen Nutznießung und Nießbrauch.

a) Die Unmöglichkeit der Entstehung eines zweiten Fruchtziehungsrechts.

Die bedeutendste Gleichheit zwischen Nutznießung und Nießbrauch ist durch die Bestimmung der §§ 1383 u. 1652 gegeben, daß die Nutzungen des eingebrachten Gutes und des Kindesvermögens in derselben Weise und in demselben Umfang erworben werden wie die aus dem Nießbrauch. Wenn also der Ehemann oder der

elterliche Gewalthaber an einem Gegenstand, der bereits ihrer Nutznießung unterliegt, noch einen Nießbrauch, und somit das in ihm enthaltene Fruchtziehungsrecht[1]) bestellt erhalten sollen, so fragt es sich, ob bei dem Zusammentreffen beider Fruchtziehungsrechte der Fall einer Rechtskonkurrenz gegeben ist. Nach Hellwig[2]) sind konkurrierende Rechte solche, die auf dasselbe Ziel gehen, und zwar nebeneinander bestehen, aber nicht mehrfach verwirklicht werden können. Wir haben bei der Fruchtziehung wohl zwei Rechte, die auf dasselbe Ziel gehen, sie können auch in dieser Hinsicht nicht mehrfach verwirklicht werden. Die wesentlichste Voraussetzung aber fehlt: das Nebeneinanderbestehen. Nutznießung wie Nießbrauch geben dem Inhaber der elterlichen Gewalt nach §§ 1030 u. 1652 das Recht, Früchte zu ziehen. Der Fruchtbezug soll sich hinsichtlich der Weise und des Umfangs nach gleichen Vorschriften regeln. Dieses Fruchtziehungsrecht ist ein dingliches Recht. Daß es aus der nichtdinglichen Nutznießung entspringt, ändert daran nichts; es ist eben ein dinglicher Bestandteil des umfassenden Familiengüterrechts. Zwar stellt es sich als selbständiges Recht[3]) dar, es liegt aber

---

[1]) Besser: Nutzungsziehungsrecht; vgl. BGB. § 100.

[2]) System S. 321.

[3]) Langheineken (S. 8) sagt, daß sich der Inhalt eines subjektiven Rechts aus einer Mehrheit von Ansprüchen zusammensetze. Es dürfte korrekter sein, statt nur von Ansprüchen zunächst von anspruchserzeugenden Rechten zu sprechen.

nicht außerhalb der Nutznießung oder des Nießbrauchs, sondern es ist die Nutznießung oder der Nießbrauch, die sich äußern in dem Recht, Früchte zu ziehen. Sein Entstehungsgrund ist unmittelbar die Nutznießung und der Nießbrauch, mittelbar die elterliche Gewalt und die Bestellung. Es soll also dem elterlichen Gewalthaber durch die Nießbrauchsbestellung noch ein Fruchtziehungsrecht verliehen werden, das schon in gleichem Umfange besteht.

Wie sich aus dem Begriff des subjektiven Rechts ableiten läßt, ist diese Möglichkeit zu verneinen:

Zwar muß man Windscheid[1]) unbedingt zustimmen, wenn er das Recht nicht als etwas real Existierendes ansieht, aber man darf nicht so weit gehen, es nur als leeres Phantom, als eine Ausgeburt der Phantasie zu betrachten. Nur vereinzelt findet sich heute in der Philosophie die Auffassung, alles Existente müsse Substanz besitzen, ein Standpunkt, den die Stoiker vertraten. Auch das „Vaterland“ ist etwas Unkörperliches, aber dennoch wird niemand seine Existenz leugnen.[2]) Eine Wahrnehmbarkeit der unkörperlichen Realitäten ist nicht schlechthin zu leugnen,[3]) „es gibt Größen rein geistiger Natur, darum nicht räumlich, wohl aber zeitlich meßbar,

---

[1]) Pand. I § 63 Anm. 1.

[2]) Fischer S. 23.

[3]) Becker S. 18.

denen man schon dieser Meßbarkeit wegen ein Dasein und damit die Realität nicht absprechen kann".[1])

Ebenso ist es mit dem Begriff des subjektiven Rechts. Trotzdem bedienen wir uns bei Bezeichnung seiner Schicksale und seiner Entwicklungsstadien verschiedener Ausdrücke, die als der Natur des Körperlichen entlehnt den Anschein erwecken müssen, als ob wir auch das Recht für etwas Körperliches halten. Und obwohl die Rechtswissenschaft sich des Bildlichen und des Vergleichenden ihrer Redeweise wohl bewußt ist, hat sie bis heute diese Terminologie und Bildersprache nicht aufgegeben. Schuppe[2]) und Hölder,[3]) jener ausdrücklich, dieser nur andeutungsweise, tadeln dies deswegen, weil es zu einer naturwissenschaftlichen Auffassung in der Jurisprudenz führe, und man das unkörperliche Recht geradezu als etwas Stoffliches behandeln wolle, „als einen Körper, als ein Gut, welches man in der Hand hat und auf andere übertragen kann".[4])

---

[1]) Becker S. 202.

[2]) Schuppe S. 819: Alles Recht ist ein auf einer bestimmten Wertschätzung beruhendes Wollen bezw. Gewolltwerden bestimmter Handlungen und Unterlassungen. Jedes Gebilde des Rechts gehört dem Gebiete des Wollens an, ist also in letzter Instanz nur innerlich durch die Regung der Billigung oder Mißbilligung, welche sich mit den Worten „das soll sein und jenes soll nicht sein" ausspricht, wahrnehmbar. Gegen diese Auffassung auch Becker (S. 55) und Leonhard (S. 147).

[3]) Hölder, Pand. S. 173.

[4]) Pollack S. 288.

Das ist unrichtig. Man kann ihnen Lotzes Wort entgegenhalten[1]: „Die Realität, die wir suchen, ist nicht die des Stoffes, sondern die der Wahrheit". Da wir nun einmal einen durch Jahrtausende geübten Brauch von den Römern und deren Lehrmeistern überkommen und eine geistige Rechtswelt uns gebildet haben, die sich „aus rein geistigem Stoff als eine Nachbildung der Natur im Elemente des Gedankens" darstellt,[2]) da wir der Bildersprache zwar voll bewußt auf die Körperwelt angewandte Denkformen auch auf das rein juristische Gebiet übertragen, so können wir nicht (tatsächlich) und dürfen wir nicht (logisch) uns diesen Folgerungen entziehen.[3]) Wir denken uns die Rechte entstehen und vergehen wie die Körper in der Natur, und so haben wir auch für sie wie für die Körper Individualisierungsmomente zu ihrer Unterscheidung. „Wir wären sonst weder in der Lage zu bestimmen, über welchen Gegenstand die Parteien rechtsgeschäftlich disponieren, noch zu sagen, was denn eigentlich der Gegenstand der prozessualen Geltendmachung und Aburteilung sei."[4])

---

[1]) Entnommen aus Fischer S. 23.

[2]) Jhering S. 12. Becker bezeichnet das Recht als „geistige Realität"; vgl. bes. Kap. I S. 13ff.

[3]) Um so mehr, als unsere Denkweise, nämlich „die Übernahme einer naturwissenschaftlichen Kategorie, sich gerade in moderner Zeit bewährt hat", Pollack S. 288/89; ferner Zitelmann S. 200ff., bes. S. 203, 207, 209; vgl. auch Pollack Anm. 3 S. 288.

[4]) Hellwig, Anspruch S. 77/78.

So können wir auch bei Rechten, wie wir es bei den Körpern tun, den Begriff der Identität verwenden.

Macht derselbe Künstler aus demselben Stoffe dasselbe Kunstwerk, so entstehen zwei verschiedene Kunstwerke; niemand wird deshalb sagen, daß das erste mit dem zweiten identisch ist. Mag selbst dem kunstgeübtesten und schärfsten Auge ein Unterschied nicht auffallen, mögen sogar Unterschiede überhaupt nicht vorhanden sein, eine Identität der Gegenstände ist nicht erzielt.[1] [2] So gibt es z. B. an einer Sache immer nur eine Art des Eigentums, d. h. nur ein Eigentum. Man vermag nicht noch ein zweites Mal dasselbe Eigentum zu erwerben.

Dieses Identitätsmoment führt uns auch zu der Ablehnung des neu hinzutretenden Fruchtziehungsrechts aus dem Nießbrauch. Denn dieses ist nicht nur ähnlich, sondern sogar gleich und identisch mit dem schon aus der Nutznießung bestehenden. Daß der elterliche Gewalt-

---

[1]) Mit Recht sagt Bechmann, Rechtsgrund der Spezifikation, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 47 S. 45: „Trotz der Wiederherstellung der alten Form fehlt es gleichwohl an der Identität der ehemaligen mit der jetzt vorliegenden Sache. Beide mögen sich bis zum Verwechseln ähnlich sein, identisch sind sie nicht, und die Behauptung des vindikanten hanc rem suam esse ist falsch.

[2]) Auf Fischers Ausführungen stützt sich jüngst auch Jacobi, betreffend das Problem der Neuheit und Identität in bezug auf die Frage, ob der Vormann, der den Wechsel zurückerworben hat, sein altes Wechselrecht oder das Wechselrecht des Abgelösten gegen den Wechselschuldner geltend macht; vgl. besonders S. 338 und 350 ff.

haber, der an einem Gegenstand oder einer Forderung usw. schon die Nutznießung hat und an ihnen noch einen Nießbrauch bestellt erhält, Früchte erst wie (§ 1652), dann als ein Nießbraucher zieht, macht keinen Unterschied aus. Die drei Individualisierungsmomente (die Person des Berechtigten, Art und Inhalt des Rechts und sein Objekt) decken sich. So umfaßt das dingliche Fruchtziehungsrecht bereits einen ganz bestimmten Kreis von Früchten, die der Berechtigte zu Eigentum erwerben soll. Ein solches Recht kann demselben Rechtssubjekt nicht noch einmal zustehen. Bildlich geredet: Der Nutzungsberechtigte streckt gleichsam seine Hände nach den Früchten aus, um die Herrschaft über sie geltend zu machen. Wie soll dies ein zweites Mal möglich sein, ohne daß er die Hände vorher zurückgezogen hat? Wie soll man mehrere Male eine Herrschaft über eine Sache gleichzeitig ausüben? Wir können uns wohl vorstellen, daß es Augenblicke gibt, wo sich ihre Herrschaft mehr oder weniger sicher gestaltet. In diesem Sinne kennen wir eine Komparation des Fruchtziehungsrechts, aber keine Addition.[1]) Gerade dieses Identitätsmoment auch bei dem unkörperlichen Recht hervorzukehren, fällt bei einem dinglichen desto leichter, weil wir bei ihm (besonders beim Eigentum) wegen seiner

[1]) vgl. Goethe, Hermann und Dorothea, IX. Gesang 311: „Du bist mein, nun ist das Meine Meiner als jemals". Gaius IV, 16, nach Seckel-Kübler: Festuca . . . signo quodam iusti dominii . . . quod maxime sua esse credebant.

engen Beziehung zur Sache die Sache selbst mit dem an ihr bestehenden Recht verwechseln. Mit Recht hebt dies Becker besonders hervor: „Das Volk nennt die Sache, während es die Beziehung zur Sache meint oder vielmehr meinen würde, wenn ihm die hierzu erforderliche juristische Schulung nicht abginge“ (S. 5). So reden wir z. B. von einer Verfügung über das Gut statt über das Eigentumsrecht am Gut.[1]) Zu weit geht allerdings u. E. Brinz (S. 31): „Man kann ebensowohl sagen, daß das fremde Eigentum, als daß die fremde Sache usukapiert wäre“.

Wenn nun der Vater, die Mutter oder der Ehemann noch ein Fruchtziehungsrecht erwerben sollen, das sie schon haben, so ist dies unmöglich. Der von den Römern für das Eigentum geprägte Satz: amplius quam semel res mea esse non potest (l. 14 § 2 D. 44, 2) gilt für jedes dingliche Recht. Ein solches „schließt durch sein Dasein die Existenz eines zweiten dinglichen Rechtes mit gleichem Inhalt aus“.[2]) Da das Fruchtziehungsrecht aus der Nutznießung, wie oben erwähnt, nicht nur ein dingliches Recht gleichen Inhalts wie das aus dem Nießbrauch, sondern sogar das gleiche ist, so ist das Hinzutreten dieses letzteren unmöglich. Wäre jemand aus zwei Erwerbsgründen als Eigentümer berechtigt, z. B. durch Übergabe und Ersitzung, so kann

[1]) Schloßmann S. 376; HGB. §§ 424 u. 450, 647; ferner Näheres Becker S. 4 ff.

[2]) Mitteis S. 2.

begrifflich nur einer dieser Gründe zum Eigentum führen.[1]) „Entweder nämlich ist der Erwerber sofort durch die Tradition Eigentümer geworden, dann hat die Ersitzung nicht stattgefunden, oder die Tradition hat ihn nicht zum Eigentümer gemacht, dann ist er es durch Ersitzung geworden.[2])

Für den allgemein anerkannten Satz, daß ein dingliches Recht ein solches gleichen Inhalts ausschließt, bringt Tuhr (S. 140) die verschiedensten Beispiele zum Beweise. Für eine Forderung kann es an einer Sache nur eine Pfandhaftung geben. Wenn sich jemand aus dem Wert einer Sache für eine Forderung befriedigen darf, so kann er unmöglich diese gleiche Befugnis noch einmal erwerben. So kommt es auch, daß eine bewegliche Sache, die als Faustpfand haftet, für dieselbe Forderung nicht noch einmal verpfändet werden kann. Schwierig dagegen bleibt, ob diese gepfändet werden könnte, und wenn dies angängig ist, wie es juristisch zu konstruieren und zu erklären wäre. Tuhr ist darin recht zu geben, daß er die Entstehung des zweiten auf der Pfändung beruhenden Pfandrechts leugnet. Aber es erscheint bedenklich, mit einer Verstärkung des ersten

---

[1]) Planck Vorbem. zu § 937: Es ist dann „für die Ersitzung kein Raum mehr".

[2]) So v. Tuhr S. 139; allgemein herrschende Ansicht, vgl. Hellwig, Anspruch S. 78; Lehrb. Bd. 1 S. 259; System S. 321; außerdem Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 611/12; and. M. nur Kipp, Doppelwirkungen S. 221/22.

durch das zweite Pfandrecht zu operieren. Daß „dem Pfandgläubiger zur Realisierung seines Rechts nunmehr auch die Mittel und Wege der Zivilprozeßordnung zur Verfügung stehen", ist unbestreitbar, aber dies ist nicht mit einer Verstärkung zu deuten, sondern (wie unten § 5 B II): das zweite Pfandrecht, das Pfändungspfandrecht, ist nur insoweit entstanden, als es sich mit dem Pfandrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht deckt. Die Wirkungen der Zivilprozeßordnung treten unbeschadet ein.[1])

Auch die im Zwangsversteigerungsgesetz vorhandene Möglichkeit eines Kaufs der eigenen Sache bedeutet nur scheinbar eine Durchbrechung dieses Grundsatzes (ZVG. § 68 in Verb. mit § 90).[2]) Denn der ersterstehende Eigentümer erwirbt nicht noch einmal Eigentum. Die juristische Konstruktion allerdings kann eine doppelte sein: Es läßt sich nämlich sagen: 1. Durch den zweiten Erwerbsgrund wird das bisherige Eigentum aufgehoben;[3]) 2. der Zuschlag hat die Wirkung, daß die durch die Staatsgewalt ganz oder teilweise entzogene Verfügungsbefugnis wegfällt.[4]) Vereinzelt ist die Konstruktion zu finden: dem Erwerber werde durch Zuschlag ein neues Eigentum auf anderer Grundlage wie bisher erworben.[5])

---

[1]) Analogie im Besitzrecht, vgl. Tuhr S. 140 Anm. 33.

[2]) Analogie BGB. § 1239; ZPO. § 816 Abs. 4.

[3]) So Tuhr S. 139.

[4]) So Th. Wolff Nr. 6 zu § 90.

[5]) vgl. Wolff a. a. O.

Dies ist unrichtig. Auch Kipp vom Standpunkte seiner „Doppelwirkungen“ (Näheres B Ib) würde nur ein Eigentum annehmen, das aber nicht ein neues wird, sondern von nun ab auf zwei Erwerbsgründen ruht. Das richtige dürfte sein: Der Erwerber hat, da es nur ein Eigentum an einer Sache gibt (in konsequenter Durchführung unseres Identitätsmoments), kein neues Eigentum erworben und das alte auch nicht verloren, was sonst die logische Folgerung sein müßte,[1]) sondern der Ersteher hat für dieses nur einen neuen und von jetzt ab alleinigen Erwerbsgrund erlangt, der sein bisheriges Eigentum dem neuen nicht weichen oder ein Doppeleigentum sich nicht entwickeln läßt. Das vom Eigentum Gesagte gilt auch für das Fruchtziehungsrecht. **Seine nochmalige Entstehung aus dem zweiten Erwerbsgrund (dem Nießbrauch) ist abzulehnen. Es besteht nur auf Grund der bisherigen Nutznießung allein weiter.**

---

[1]) vgl. auch dazu Crome Bd. 1 S. 394: „Da ein mehrfaches Eigentum an einer und derselben Sache nicht vorkommen kann, so sind die sämtlichen bisher besprochenen Erwerbsgründe des Eigentums ebenso viele Verlustgründe für den, welchem die Sache früher gehörte“. Schiller, Wallensteins Tod 790/91:

„Wo eines Platz nimmt, muß das andere rücken,
Wer nicht vertrieben sein will, muß vertreiben“.

b) Die gegensätzliche Ansicht Kipps und der Versuch ihrer Widerlegung.

Dieses Ergebnis hält Kipp für unrichtig und bezeichnet es als das Resultat „formalistischen Denkens".[1] Kipp behauptet, daß der Nießbrauch, auch soweit er sich mit der Nutznießung deckt, bestellt werden könne. Er will jedoch damit nicht sagen, daß der elterliche Gewalthaber ein doppeltes Fruchtziehungsrecht erlangen würde, sondern nur ein einfaches, aber auf zwei Erwerbsgründen ruhendes. Gesetzt den Fall also, der Vater oder die Mutter verlieren wegen Verheiratung der Kinder die Nutznießung (§ 1661), so entsteht nach unserer Auffassung mit dem Augenblick des Verlustes das Fruchtziehungsrecht des Nießbrauchs. Nach Kipp besteht es weiter, aber jetzt nur aus einem Erwerbsgrunde. Kipp überträgt hiermit seine in den „Doppelwirkungen im Recht" (auch in Humanismus S. 19) vertretene Theorie aufs Praktische. Nach ihm können „zwei Gründe desselben Rechtsgebots miteinander konkurrieren" (S. 220), das Rechtsgebot wäre das an alle gerichtete, daher absolute Fruchtziehungsrecht: laßt die Mutter Früchte ziehen![2] Die beiden Gründe dieses Rechtsgebotes wären also die Nutznießung aus der elterlichen Gewalt, der Nießbrauch aus der Bestellung.

---

[1] vgl. Familienrecht S. 311.

[2] Gegen diese Auffassung, die in dem ganzen Recht nichts als eine Menge von Imperativen, Gebote und Verbote zu sehen vermag, wendet sich begründend **Bekker** S. 55 u. 56.

Kipp zieht hiermit als erster die Folgerungen aus der von Schuppe und Hölder vertretenen Ansicht, daß vom Entstehen, Vergehen von Rechten zu reden, lediglich Bildersprache sei, und er schließt sich auch ihrer Befehdung der metaphysisch-naturwissenschaftlichen Richtung in der Jurisprudenz an; während aber auch andere, z. B. Fischer (S. 26), ihnen beigetreten sind und sich des Bildlichen in der juristischen Terminologie wohl bewußt bleiben, haben sie sich bisher noch nicht zu einer völligen Umwandlung im juristischen Denken und zu einer Umwertung juristischer Begriffe verstehen können, wozu die Anwendung und Befolgung der Kippschen „Doppelwirkungen im Recht" führen müssen. Zunächst beweist das die Kippsche Entscheidung für den Fall des Zusammentreffens von Nutznießung und Nießbrauch. Zwar kommt er zum selben praktischen Ergebnis wie wir: Hat ein Vater oder eine Mutter zu ihrer am Kindesvermögen bestehenden Nutznießung noch einen Nießbrauch erhalten, so nimmt Kipp, was die Unpfändbarkeit der gezogenen Früchte anlangt, eine solche bis zum standesgemäßen Unterhalt aus § 862 ZPO. an, aber nicht, wie es uns richtig erscheint, weil der Inhaber der elterlichen Gewalt bezüglich dieser Früchte nur Nutznießer ist, sondern weil er auch Nutznießer ist.

Eine weitere höchst bedenklich erscheinende Folgerung aus den „Doppelwirkungen" zieht Wolff.[1]) Tritt

[1]) Familienrecht S. 26/27.

ein Teil vom Verlöbnis zurück, so ist das Verlöbnis gelöst. Trotzdem kann dann auch noch der andere Teil „zurücktreten", was für ihn deswegen von Bedeutung ist, weil ihm durch diesen Rücktritt der Schadensersatzanspruch der §§ 1298 ff. gesichert bleibt. Wenn wir das obige, Kipps Familienrecht entnommene Beispiel noch durch seine Auffassung von der Natur des subjektiven Rechts in Anlehnung an Schuppe verstehen können, so muß die von Wolff gezogene Konsequenz am deutlichsten zeigen, wie man unter Befolgung der „Doppelwirkungen" unser durch Jahrtausende überkommenes und bewährtes juristisches Denken umzuwandeln hat. Gleichgültig wie die rechtliche Natur des Verlöbnisses zu beurteilen ist, man kann nicht verstehen, wie man von einem Verlöbnis, das nicht besteht, noch zurücktreten soll. Ein ähnlicher Fall hat wiederholt das Reichsgericht beschäftigt. Es hat jüngst im entgegengesetzten Sinne wie Wolff und Kipp entschieden.[1]) Es handelte sich dabei um die Frage, ob Vereinsmitglieder, die bereits wirksam ihren Austritt erklärt haben, nachträglich noch durch Beschluß der Mitgliederversammlung aus dem Verein ausgeschlossen werden können. Das Reichsgericht hält mit Recht einen solchen Beschluß für nichtig, und es ist Lenels[2]) Worten unbedingt beizutreten: „In der Tat liegt hier

---

[1]) RG. Bd. 78 Nr. 28.

[2]) DJZ. 1913 S. 83.

auf der Hand, daß eine Mitgliedschaft, die nicht mehr vorhanden ist, auch nicht mehr entzogen werden kann". Die Natur des subjektiven Rechts kann für eine solche Entscheidung den Ausschlag nicht geben. Eine sich mit Schuppe, Hölder und Kipp in Widerspruch setzende Meinung ist nicht die Folge einer metaphysisch-naturwissenschaftlichen Auffassung, sondern die durch unsere Sprache und unser Denken geschaffenen Begriffe sind bestimmend hierfür. Nicht etwa, weil wir das Recht für etwas Körperliches, Natürliches halten, sondern weil unser Denken ebensowenig, wie es einen Toten noch einmal sterben lassen kann oder ein erloschenes Licht noch einmal erlöschen lassen kann, eine nicht mehr bestehende Mitgliedschaft oder ein nicht mehr bestehendes Verlöbnis nicht noch einmal untergehen lassen kann. Diese Gedankengänge liegen außerhalb jeder „Richtung in der Jurisprudenz", sie folgen lediglich aus den durch unsere Sprache geschaffenen Begriffen. Dies erscheint eben Lenel mit Recht so selbstverständlich, daß er diese Kontroverse mit den Worten „es liegt ja auf der Hand" erledigen zu können glaubt.

Im einzelnen ist Kipps „Doppelwirkungen" folgendes entgegenzuhalten: Besonders anfechtbar ist der Satz, es könne sich zu einem Eigentumserwerb noch ein zweiter hinzugesellen (S. 221). Er ist deswegen für unser Thema zu erörtern, weil Kipp, auf ihn sich stützend, zur Annahme des Fruchtziehungsrechts (aus dem Nießbrauch) kommt. Man muß aus den Worten, es könne

sich zu einem Eigentumserwerb noch ein zweiter hinzugesellen, auf ein Doppeleigentum schließen, um so mehr als Kipp fortfährt: „insbesondere im Wege der Ersitzung“. Denn nach unserer Auffassung bedeutet das: Der Eigentümer z. B. durch Übergabe kann noch einmal ersitzen. Ersitzen heißt aber: Beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen Eigentum erwerben. Wer aber ein Eigentum hat, muß, wenn ein zweiter Eigentumserwerbsgrund hinzukommt, dann ein Doppeleigentum haben. Zu diesem notwendigen Ergebnis kommt Kipp jedoch nicht, sondern er formuliert ein Eigentum aus zwei gleichwertigen Gründen. Bei unserer Auffassung vom Begriff des subjektiven Rechts müssen wir diese Anschauung ablehnen. Sie verstößt nämlich gegen die Anerkennung des Kausalitätsprinzips in der Rechtswelt. Mit Recht betont Zitelmann,[1]) daß „sowie die sinnliche Welt sofort zu einer undisziplinierten Masse regellos umherwirbelnder Atome würde, wendete man die Denkform der Kausalität nicht mehr an, die Rechtsordnung ohne diese übertragene Anwendung des Kausalgesetzes völlig eine „rudis indigestaque moles“ werden würde. Dieser Vergleich geht zweifellos zu weit, weil er tatsächlich sich bis zu einer Verkörperlichung des Rechts verleiten läßt. Es hat sich deswegen Schloßmann gegen Zitelmann gewandt und ihm die Anwendung des Kausalitätsprinzips als einen „Selbst-

[1]) Irrtum S. 202.

betrug“ vorgeworfen.[1]) Allerdings gibt Zitelmann selbst zu (S. 206), daß seine Rechtskausalität und die natürliche Kausalität voneinander völlig verschieden sind. Aber Schloßmann übersieht dies und vermag bei allen seinen Einwendungen eine bessere Erklärung nicht zu geben. Für ihn ist der Gesetzesbefehl die Ursache gewisser Wirkungen in der Rechtswelt. „Ihn haben wir uns zu denken als das durch die Träger der staatlichen Autorität kontinuierlich aufrechterhaltene Gebot oder Verbot.“ „Er ist eines der wirksamsten Motive für das Tun und Lassen der Menschen.“ Hier liegt bei Schloßmann die Kausalität „der Rechtswelt, hier, wo Macht und Recht ihre Berührungspunkte haben“ (S. 553). Fassen wir die Schloßmannschen Erörterungen zusammen, so finden wir, daß er einmal gegen Zitelmann jede Beweisführung schuldig bleibt, dann aber auch, daß er mit seiner an Stelle des von Zitelmann vertretenen Kausalitätsprinzips gesetzten Erklärung nichts Besseres zu geben vermag. Sein „Gesetzesbefehl“ ist nichts weiter als Zitelmanns Kausalitätsprinzip: ein Erklärungsversuch für einmal vorhandene, aber schwer erklärbare Wirkungen. Im Kern ist auch Zitelmann recht zu geben und seine Erklärung deutlicher. Da wir nämlich nun einmal für diese gedachte Rechtswelt die nämlichen Denkformen anwenden wie für die Sinnen-

---

[1]) Bei Besprechung von Zitelmanns „Irrtum und Rechtsgeschäft“ in Grünhut Bd. 7 S. 547 u. 552.

welt, so müssen wir, um uns selbst treu zu bleiben, die Konsequenzen daraus ziehen. Wie Pollack (S. 588) richtig erwähnt, hat sich auch diese naturwissenschaftliche Kategorie — denn eine solche ist auch Zitelmanns Kausalitätsprinzip — bisher vortrefflich bewährt. Die Konsequenzen sind: zwei rechtlich gültige Erwerbsgründe müssen zweimal zum Erwerbe führen, zur Ursache muß sich die Folge gesellen. Wer von einem doppelten Erwerbsgrund redet, muß einen doppelten Erwerb folgern. Etwas schon Erworbenes kann nicht noch einmal für die nämliche Person einen Erwerbsgrund haben, vielleicht nur einen sonstigen, wesenlosen, undefinierbaren Grund,[1]) aber keinen Erwerbsgrund. Deshalb müssen wir auch die von Kipp auf das Fruchtziehungsrecht angewandten Grundsätze verwerfen, wenn für das schon bestehende Fruchtziehungsrecht ein zweiter Erwerbsgrund hinzukommen soll. Denn dieser zweite Erwerbsgrund müßte zum Erwerb eines zweiten Fruchtziehungsrechtes führen. Zur Stützung seiner eigenen und Widerlegung unserer Anschauung dient Kipp als zweiter Gesichtspunkt in seinen „Doppelwirkungen“ die analoge Heranziehung des Prozeßrechts (S. 222). Unbestritten ist zwar, was Kipp hierbei anführt, nämlich: im Prozeß könne man sein Eigentum auf zwei zeitlich hintereinanderliegende Gründe in der Art stützen, daß es zum Siege genügt,

[1]) Philosophisch gedacht.

wenn nur der eine bewiesen wird.[1]) Aber die von Kipp gezogenen Folgerungen dürften bei der verschiedenen Natur des Prozeßrechts und des materiellen Rechts nicht gezogen werden. Zweifellos besteht über die Bedeutung der Ersitzung manche Unklarheit. So tragen schon die Motive[2]) zu einer Verdunklung bei. Sie sagen nämlich, die Ersitzung rechtfertige sich nur dadurch, daß der Eigentümer in der Behauptung und Verteidigung des Eigentums gegen Angriffe Dritter unterstützt werde, indem ihm beim Vorhandensein der Ersitzungserfordernisse der mit der Länge der Zeit immer schwieriger, nicht selten unmöglich werdende Eigentumsbeweis erlassen werde; — sie fahren fort: „Der heutige Gesetzgeber kann in der Ersitzung nur ein Mittel zum Schutze des erworbenen Eigentums erblicken, und er darf die Ersitzung zu diesem Zweck im Interesse der Rechtssicherheit um so unbedenklicher verwerten, als in den weitaus meisten Fällen derjenige, der sich in der Ersitzungslage befindet, auch der rechtmäßige Eigentümer sein wird". Planck[3]) lehnt die Möglichkeit der Ersitzung durch den Eigentümer nicht etwa wegen begrifflicher Unmöglichkeit ab, sondern rechtfertigt sie lediglich aus dem Zwecke der Ersitzung. Keineswegs ist aber damit gesagt, daß tatsächlich ein Eigentümer ersitzen könne, sondern die Ersitzung gilt

[1]) Hellwig, System S. 321.

[2]) Bd. 3 S. 309/10.

[3]) Bd. 3 S. 237/38.

immer nur als Notbehelf, und zwar vorwiegend als Notbehelf im Prozeß. Zur Verdeutlichung diene folgender Fall: A erhält von B im Jahre 1900 eine Sache nach erfolgter Einigung übergeben. 1913 klagt B auf Feststellung seines Eigentums, da er zur Zeit der Einigung wahnsinnig gewesen sei und mithin Eigentum nicht habe übertragen können. A beruft sich auf die Ersitzung. Wenn der Richter nun den B abweist, so erklärt Kipp diese Möglichkeit damit, daß das materielle Recht, selbst wenn B nicht wahnsinnig gewesen und mithin die Einigung gültig wäre, den zweiten Grund auch für den Fall respektiere (S. 222), daß der erste bereits voll wirksam sei. Das ist jedoch nicht richtig. Der Richter denkt folgendermaßen: War B tatsächlich wahnsinnig zur Zeit der Einigung und Übergabe, so hat mithin die Tradition kein Eigentum verschafft; aber die Ersitzung tat es. Würde jedoch Eigentum durch die Tradition verschafft, weil B nicht wahnsinnig war, so ist heute, 1913, der Erfolg derselbe, nämlich: Eigentum. Kipp fügt selbst, was für unsere Auffassung spricht, hinzu: durch guten Glauben und 10jährigen Besitz sei durch Ersitzung Eigentum erworben, wenn nicht aus jenem ersten Grunde.

Der Richter gibt als Begründung seiner Eigentumsfeststellung einen Eventualerwerbsgrund an. Er erspart sich nämlich die nähere Untersuchung, ob der Übertragende 1900 wirklich wahnsinnig gewesen sei. Die Rechtsbehauptung des B er-

streckt sich nur darauf, daß er ein rechtliches Interesse an der Eigentumsfeststellung habe. Das zusprechende Urteil steht mit unserem Ergebnis weder im Widerspruch, noch macht es der Kippschen Ansicht eine Konzession. Wie Hellwig[1]) ausdrücklich betont, kann man sich allerdings im Prozeß auf zwei Erwerbsgründe berufen und mit dem zweiten die Rechtsbehauptung als solche stützen, wenn der erste Erwerbsgrund aus materiellrechtlichen Erwägungen oder wegen Beweisschwierigkeiten nicht genügen sollte. Die Rechtsbehauptung bleibt aber dabei eine einzige. Auch die Motive haben damit nichts andres sagen wollen, ebensowenig wie der Richter das Eigentum aus dem zweiten Grunde nur deswegen anerkennt, weil er eine Ersitzung durch den Eigentümer für möglich erachtet. Unabhängig von jeder materiellrechtlichen Erwägung bringt die beklagte Partei dem Richter zur Klarlegung und Erleichterung zwei Gründe ihres Eigentumerwerbs mit dem einzigen Begehren um Verneinung der Feststellung des klägerischen Eigentums, ihm lediglich die rechtliche Würdigung von dessen Entstehungsgründen überlassend. Wenn keine der Parteien beispielsweise etwas von der erfolgten Tradition erwähnt hätte und der Richter bei Urteilsfällung davon auch nichts wüßte, so würde er das Eigentum des A natürlich nur auf Grund der Ersitzung annehmen. War nun der Kläger

[1]) System S. 321.

nicht wahnsinnig gewesen, so ist das Urteil trotzdem richtig, und die Berufungsinstanz dürfte aus diesen Gründen nicht anders erkennen, obwohl vom materiellrechtlichen Standpunkte aus die Ersitzung entgegen der Ansicht des Richters dem Beklagten Eigentum gar nicht mehr hat verschaffen können. A bleibt Eigentümer, Bs Eigentum kann nicht festgestellt werden. Rechtskräftig wird damit nicht etwa die Feststellung, daß A kraft der Ersitzung Eigentümer geworden sei und bleibe.

In einem weiteren Punkte ist Kipp entgegenzutreten. Wenn er unter anderem seine in den „Doppelwirkungen" vertretene Ansicht, die auch unmittelbar für das Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch von Bedeutung wird, darauf stützt, daß dem Gesetz ein gewisses Prinzip der Sparsamkeit unbekannt sei (S. 233), so ist ihm nicht beizupflichten. Auch die Rechtsordnung wie den Rechtsgang beherrscht das Prinzip der Sparsamkeit. So wie im Prozeß der Richter den Kläger einer bereits zugesprochenen und noch einmal eingeklagten Sache wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses abweisen müßte, so erteilt auch die Rechtsordnung nicht zum zweiten Male ein Rechtsgebot, wenn es sich auch auf zwei Gründe stützen ließe. Der Gesetzesbefehl: ziehe Früchte, wird nicht zweimal erteilt. Und so sehen wir hier, daß Schloßmann mit seinem „Gesetzesbefehl" zu einem gleichen Ergebnis kommt wie Zitelmann mit seinem „Kausalitätsprinzip".

Die Rechtsordnung hat eben, wie oben der Rechtschutz gewährende Staat, seine Pflicht schon einmal erfüllt und versagt daher dem Berechtigten, aus einem zweiten Grunde zum zweiten Male seine rechtsgebietende Tätigkeit in Anspruch zu nehmen. Auch das „Recht an eigener Sache“ vermag nicht das Prinzip der Sparsamkeit zu durchbrechen, wie Kipp annimmt (S. 233). Dies scheint gerade der § 889 zu beweisen. Es ist nämlich gegen Kipp einzuwenden, daß der § 889 doch nur, wie heute die überaus herrschende Meinung annimmt, eine aus Opportunitätsrücksichten (Rangordnung) getroffene Ausnahme ist. Es wäre unrichtig zu folgern, der Eigentümer dürfe sich ein Recht an der eigenen Sache bestellen.[1])

Hubers gegensätzlicher Meinung[2]) ist nicht beizutreten.

Wenn auch zweifellos de lege ferenda dem Bedürfnis nach einer Eigentümerdienstbarkeit Rechnung zu tragen wäre, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch und die Grundbuchordnung vorläufig für sie keinen Raum gelassen. Huber gibt selbst zu, daß die Schaffung der Eigentümerdienstbarkeit, abgesehen von ihrer rechtlichen Konstruktion, immer erst „durch die objektive Rechtsordnung ermöglicht“ werden muß (S. 45).[3]) Das tut

[1]) Komm. d. RGRäte zu § 889; Güthe S. 1669; Planck zu § 889 Anm. 3.

[2]) In „Die Eigentümerdienstbarkeit“.

[3]) Auch S. 74.

aber das Bürgerliche Gesetzbuch nicht und verneint prinzipiell das Recht an der eignen Sache.

So ist daran festzuhalten, daß, soweit Nutznießung und Nießbrauch sich decken, der Nießbrauch kein neues Recht gewähren kann. Seine Bestellung bildet keinen zweiten Erwerbsgrund, und zwar weder für ein zweites Fruchtziehungsrecht noch für ein Fruchtziehungsrecht aus zwei Erwerbsgründen.

II. Bei Verschiedenheiten zwischen Nutznießung und Nießbrauch.

Ein Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch regelt sich, wenn jedes Recht seinen eigenen, vom andern abweichenden Vorschriften folgt, nach völlig anderen Gesichtspunkten. Auch hier, wie oben bei den Gleichheiten zwischen Nutznießung und Nießbrauch, läge die Erwägung einer Rechtskonkurrenz nahe.[1][2] Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft für eine solche keine Bestimmung. Vorschriften wie der § 96 Einleitung des allgem. Landrechts, §§ 149 u. 775 des sächs. Bürgerlichen

---

[1] Eine Konkurrenz von Ansprüchen, „die auf verschiedenen Tatbeständen beruhen", kann nicht in Betracht kommen. Wrcescinski S. 49.

[2] Auch von einer Kollision ist nicht zu reden, da diese begrifflich mehrere Berechtigte voraussetzt. Crome Bd. 1 S. 532 und Leonhard S. 150.

Gesetzbuchs sind ihm fremd;[1]) der Versuch ihrer Aufnahme, den der Dresdener Entwurf eines allgem. deutschen Obligationenrechts mit Art. 320 gemacht hatte,[2]) ist gescheitert. Der Wissenschaft ist also die Behandlung der Rechtskonkurrenz vorbehalten. Nach Hellwig ist ihr Erfordernis, daß mehrere Rechte auf dasselbe Ziel gehen, und zwar deshalb nebeneinander bestehen, aber nicht mehrfach verwirklicht werden können. Doch gerade da, wo Nutznießung und Nießbrauch auseinandergehen, können sie ja gar nicht auf dasselbe Ziel hin. Ein Beispiel bietet hierfür § 1040. Fände sich z. B. in einem Grundstück, an dem Nutznießung und Nießbrauch zusammentreffen, ein Schatz, so würde der nutzungsberechtigte elterliche Gewalthaber oder Ehemann nicht den Nießbrauch an der dem Eigentümer (dem Kinde oder der Ehefrau) zustehenden Schatzhälfte (§ 984) erwerben, wohl aber die Nutznießung an ihr; denn dieser Anteil gehört als Eigentum zu dem der Nutznießung unterliegenden Vermögen, fällt mithin auch unter diese.[3])

Andererseits ist in manchen Fällen, wie schon oben angedeutet, der Nießbrauch ein weitergehendes Recht, so z. B. wenn es sich um verbrauchbare Sachen handelt; an ihnen erlangt der Nießbraucher Eigentum, der Nutznießer dagegen darf sie nur für sich veräußern oder

---

[1]) Leonhard S. 151.

[2]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 278.

[3]) vgl. hierzu Pohl S. 32; Opet, v. Blume zu § 1383 I, 4e und § 1652 Nr. 3.

verbrauchen. Im ersten Falle gewährt die Nutznießung ein Recht, das der Nießbrauch versagt. Im zweiten geht umgekehrt der Nießbrauch weiter. Das Recht, Eigentum zu erwerben, ist völlig verschieden von dem, eine Sache nur für sich zu veräußern und zu verbrauchen. Das wesentliche Merkmal einer Rechtskonkurrenz fehlt. Denn kein Recht macht einem anderen einen Erfolg streitig. Wie man von einer Anspruchskonkurrenz nicht reden kann, wenn der eine Anspruch auf mehr geht als der andere,[1]) so ist auch hier keine Rechtskonkurrenz vorhanden. Es liegt kein Gegeneinander, sondern nur ein Nebeneinander der Rechte vor. Es handelt sich lediglich um eine Rechtskoexistenz. Anders wäre es freilich, wenn zwei Rechte auf ein „für sich veräußern und verbrauchen" gingen. Dann entstände die Frage, die oben bei dem Fruchtziehungsrecht zur Erörterung stand, auf Grund welchen Rechts diese Befugnis auszuüben wäre. Macht der Vater oder die Mutter das Recht aus § 1653 geltend oder wollen sie keine Nutzung an der den Kindern zu Eigentum erworbenen Schatzhälfte haben, so liegt diesbezüglich ein Verzicht auf ein ihnen zustehendes Recht vor. Nach der Auffassung des OLG. Hamburg, Plancks und Staudingers wäre dieses Ergebnis unmöglich. Denn da der Inhaber der elterlichen Gewalt nach ihnen nur den Nießbrauch hat, erwirbt er nach § 1067 Eigentum an

---

[1]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 269 Anm. 1.

den verbrauchbaren Sachen (hat also mehr), ist aber durch § 1040 schlechter gestellt wie als Nutznießer. Nach unserer Auffassung, die sich in diesem Punkte auch mit der Kipps deckt, erwirbt er noch wichtige Rechte durch die Nießbrauchbestellung hinzu, ohne dabei solche zu verlieren, die die Nutznießung, falls sie über den Nießbrauch hinausgeht, darbietet.

Diese Konstruktion ist von größter praktischer Bedeutung. Z. B. kann nach § 1666 dem Vater oder der Mutter die elterliche Nutznießung am Kindesvermögen völlig entzogen werden, wenn sie das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. „Dagegen kann eine solche Entziehung der Nutzungen nicht auch hinsichtlich des Nießbrauchs am Kindesvermögen erfolgen, welche der Mutter letztwillig zugewendet worden ist.“[1]) Die Mutter kann vielmehr nur dazu angehalten werden, ihre Pflicht zur Gewährung des Unterhalts des Kindes zu erfüllen. Hierdurch würde die Mutter besser gestellt sein, was auch zumeist dem Willen des Testators nicht widersprechen wird. Steht fernerhin, um eine andere Verschiedenheit zu erwähnen, dem Vater Nutznießung und Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung zu, so fragt es sich, wem gegenüber seitens des Schuldners die Kündigung zu erfolgen hat. Ist der Vater nur Nießbraucher, so

---

[1]) Gruchot Bd. 53 (1909) S. 1187.

könnte der Schuldner nach § 1077 Abs. 2 nur wirksam kündigen, wenn er dem Nießbraucher und dem Gläubiger, also dem Vater und den Kindern, die Kündigung erklärt. Ist der Vater dagegen Nutznießer, so ist die Kündigung seitens des Schuldners an den Vater allein zu richten. Nach der hier vertretenen Anschauung wird also, da bezüglich der Forderung der Vater auch Nutznießer ist, der Schuldner rechtswirksam gekündigt haben, wenn er dem Vater allein kündigt. Beide Rechte sind wirksam, und bezüglich der Kündigungsmöglichkeit übt jedes Recht ungeschwächt seine Wirkungen aus. Eine Einschränkung ist jedoch zu machen. Denn da wir oben das Hinzutreten des zweiten Fruchtziehungsrechtes verneint haben, müssen wir auch hier zu dem Ergebnis kommen, daß dort, wo Verschiedenheiten zwischen Nutznießung und Nießbrauch **Ausstrahlungen des Fruchtziehungsrechts** sind, diese keine Bedeutung haben können und dann nur die Nutznießung den Ausschlag gibt. Dies könnte bei § 1031 möglich sein.[1]) Nutzt z. B. ein elterlicher Gewalthaber einen Wald oder eine auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage als Nießbraucher, so kann der Nießbraucher sowohl wie der Eigentümer Feststellung des Umfangs der Nutzungen sowie der Art und Weise der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan verlangen (§ 1038). Hier-

[1]) vgl. Komm. d. RGRäte Anm. 3 zu § 1383; Planck Anm. 2a zu § 1383.

bei wäre es gleichgültig, ob auch der Nutznießer dieses Recht hat, denn die Befugnis des § 1038 ist ein Ausfluß des Fruchtziehungsrechts. Da wir aber das Hinzutreten des Fruchtziehungsrechts aus dem Nießbrauch für unmöglich halten, kann diese Verwaltungsvorschrift, die seine Entstehung zur Voraussetzung hat, nicht in Betracht kommen. Fraglich dürfte es bei dem schon oben erwähnten § 1040 sein. Nimmt man nämlich an, was unrichtig ist, daß der Nutznießer die Nutzungen an der dem Eigentümer zustehenden Schatzhälfte auf Grund des Fruchtziehungsrechtes gewinnt, so müßte, wie eben bei § 1038, das Weitergehen der Nutznießung bedeutungslos sein. Mit Recht sagt der Kommentar der Reichsgerichtsräte in Übereinstimmung mit der allgemein herrschenden Ansicht zu § 1040, daß der Schatz eben nicht zu den Früchten gehöre, wie § 99 Abs. 1 zu entnehmen ist. Er sei weder Bestandteil noch Zubehör der Nießbrauchsache. Der Nießbrauch am Schatz ist nicht Nießbrauch an dem Grundstück, in dem der Schatz ruht. Am schärfsten formuliert diese Ansicht Planck.[1]) Er sagt: „Der Nutznießer erwirbt das Nutzungsrecht an dem fraglichen Anteil zwar nicht deshalb, weil er in einer seinem Nutzungsrecht unterliegenden Sache gefunden wird, wohl aber deshalb, weil dieser Anteil als Eigentum der Frau zu dem eingebrachten Gut gehört". Was oben beim Nießbrauch der § 1040

[1]) Planck § 1383, 2e.

mit seiner Vorschrift zum Ausdruck bringt, begründet gerade andererseits bei der Nutznießung die entgegengesetzte Rechtsfolge.

§ 6.

Zusammenfassendes Ergebnis.

Die verschiedenen Rechtsfolgen, die sich aus der getrennten Behandlung ergeben: wenn Nutznießung und Nießbrauch sich decken, und wenn sie sich nicht decken, bieten im zusammenfassenden Ergebnis noch Bedenken rein konstruktiver Natur. Es entsteht nämlich die Frage, wie es sich mit dem Obenerwähnten in Einklang bringen läßt, daß der Nießbrauch im allgemeinen zu schon bestehender Nutznießung hinzutreten kann, daß aber, wenn sich Nutznießung und Nießbrauch decken, diese Möglichkeit nicht vorhanden ist. Mit Recht könnte man sagen, daß gerade das Fruchtziehungsrecht dem Nießbrauch so wesentlich ist, daß er ohne dieses sich nicht denken läßt. Man kann nämlich nur einen ganzen Nießbrauch, nicht einen Bruchteil von ihm bestellen. Die Möglichkeit, einzelne Nutzungen von dem Recht des Nießbrauchers auszuschließen, wie sie § 1030 Abs. 2 gewährt, kommt nicht in Betracht. Dies kann nur durch Parteiwillen geschehen, für das Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch jedoch entzieht sich die eintretende Rechtsfolge, nämlich daß das Fruchtziehungsrecht aus dem Nießbrauch nicht entstehen kann, jedem

Parteiwillen. Sie ergibt sich unmittelbar aus dem Begriff des subjektiven Rechts und ist durch Parteiwillkür auch gar nicht zu beseitigen. Kohler[1]) faßt diesen Gedanken in die Worte zusammen: Der Wille erstrecke sich nur auf das Rechtsinstitut, die rechtlichen Folgen dagegen entstünden nur „mit dem Unbewußten eines Naturphänomens". Die Schwierigkeit der Konstruktion ergibt sich bei dem Nießbrauch sowohl an Mobilien wie Immobilien und an Rechten. Abzulehnen ist die Konstruktion, daß es sich um ein Ruhen des Nießbrauchs handelt, soweit er sich mit der gesetzlichen Nutznießung deckt. Das Ruhen eines Rechts setzt sein Entstandensein voraus, und dies gerade leugnen wir. Ein Würfel, dem man eine Ecke abschneidet, bleibt kein Würfel, der Nießbrauch aber bleibt, auch wenn er bei seiner Bestellung einen Teil verliert, trotzdem Nießbrauch. Für den anderen Teil, nämlich: soweit er sich mit der gesetzlichen Nutznießung **nicht** deckt, kommt er ganz zur Entstehung und übt seine Wirkungen aus. Dies darf nicht befremden. So hat jüngst das Reichsgericht[2]) die Zulässigkeit einer Pfändung von Gegenständen, die dem Vollstreckungsgläubiger gehören, bejaht, obwohl es ein Nichtentstehen des Pfändungspfandrechts annimmt. Auch hier fehlt mit der wesentlichste Inhalt

---

[1]) S. 106; s. oben. Text S. 22 Anm. 2 u. 3. Vgl. hierzu auch Danz S. 6ff. und bes. S. 11.

[2]) Bd. 79 S. 245.

eines Rechts, nämlich die Entstehung des Pfandrechts durch die Pfändung. Ebenso wie wir oben an einer Sache, an der schon ein Pfandrecht besteht, ein Pfändungspfandrecht zwar nicht entstehen ließen, aber die Wirkungen und Sicherungen für den Vollstreckungsgläubiger anerkannten, so entscheidet auch hier das Reichsgericht in gleichem Sinne. Wenn beim Zusammentreffen von Nutznießung und Nießbrauch der elterliche Gewalthaber auf die Nutznießung verzichten würde, so würde der Nießbrauch in seinem ganzen Umfange entstehen. Ähnliches sagt das Reichsgericht (S. 246) für den Fall der obenerwähnten Pfändung der dem Eigentümer gehörigen Sachen: „Verzichtete die Klägerin nach der Pfändung auf ihr Eigentum, so konvaleszierte damit die bisher nur formell bestehende Pfändung. Die Klägerin erwarb jetzt ein Pfändungspfandrecht". Völlig Analoges gilt für den Nießbrauch in unserem Falle. Besonders fraglich wird es mit der Nießbrauchsbestellung an einem Grundstück. Denn es handelt sich dann darum, ob das Grundbuch unrichtig wird, wenn der wesentlichste Inhalt des Nießbrauchs fortfällt. Man könnte an die Entstehung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit denken; denn für den Berechtigten bestände dann nur die Möglichkeit, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu nutzen. Doch ist dieses ausgeschlossen. Wie schon die Motive[1]) ausdrücklich hervorheben und

[1]) Bd. 3 S. 566.

wie das Reichsgericht[1]) anerkennt, liegt die Besonderheit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (in ihrem Verhältnis zum Nießbrauch) vornehmlich „in der rechtsgeschäftlichen Spezialisierung des Inhalts“. Aber wie schon oben gesagt, tritt ja die Einschränkung der Befugnisse, die der Nießbrauch gewährt, nicht durch rechtsgeschäftliche Spezialisierung, nicht durch Parteidisposition ein, sondern die Beschränkung des Inhalts vollzieht sich über den Kopf der Parteien hinweg. Folgende Konstruktion erscheint jedoch die richtige zu sein: Der Nießbrauch an einem Grundstück, an dem bereits Nutznießung besteht, wird als ganzer eingetragen, aber nur teilweise, nämlich soweit er sich nicht mit der Nutznießung deckt, zur Entstehung gebracht. Das Grundbuch wird nicht unrichtig. Für Mobilien wie für Immobilien usw. gilt: Von den vielen Einzelrechten, die der Nießbrauch bei seinem weiten Umfang zum Inhalt hat, können einige aus Gründen rechtlicher Natur nicht zur Entstehung gelangen: er wird als ganzer bestellt, er ist nur als eingeschränkter entstanden. Fällt also die Nutznießung weg, z. B. aus § 1661, so entsteht das Fruchtziehungsrecht aus dem Nießbrauch. Dazu bedarf es jedoch keiner erneuten Bestellung, sondern die alte Unmöglichkeit seiner Entstehung (nicht die seiner Ausübung) ist beseitigt.

[1]) Bd. 60 S. 317.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Johannes Fuchs, bin am 28. Juni 1890 zu Frankenstein i. Schlesien geboren als Sohn des Großkaufmanns Rudolph Fuchs und seiner Ehefrau Hedwig geb. Haendler.

Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Von Ostern 1896 bis Ostern 1903 besuchte ich das Gymnasium zu St. Maria-Magdalena und von Ostern 1903 ab das St. Johannes-Gymnasium in Breslau, das ich September 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Die beiden ersten Semester studierte ich Germanistik und Geschichte; die darauffolgenden in Leipzig und Berlin Rechts- und Staatswissenschaften. Am 3. Januar 1913 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kgl. Kammergericht, am 17. Januar 1913 das Rigorosum vor der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Ich wurde sodann zu meiner Ausbildung dem Kgl. Amtsgericht zu Striegau als Referendar überwiesen, wo ich seit dem 28. Januar 1913 tätig bin.